La filosofía del derecho

Ronald Dworkin
(compilador)

Traducción
Javier Sáinz de los Terreros

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

Primera edición en inglés, 1977
Primera edición en español, 1980
Segunda edición, 2014

Dworkin, Ronald (comp.)
La filosofía del derecho / comp. de Ronald Dworkin ; pról. de Miguel Carbonell ; trad. de Javier Sáinz de los Terreros. — 2ª ed. — México : FCE, 2014
360 p. 17 × 11 cm — (Colec. Breviarios : 288)
Título original: The Philosophy of Law
ISBN 978-607-16-2053-8

1. Derecho — Filosofía — Discursos, ensayos, conferencias I. Carbonell, Miguel, pról. II. Sáinz de los Terreros, Javier, tr. III. Ser. IV. t.

LC B65 Dewey 082.1 B846 V. 288

Distribución mundial

Título original: *The Philosophy of Law*
© 1977, Oxford University Press, Londres

D. R. © 1980, Fondo de Cultura Económica
Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14738 México, D. F.
Empresa certificada ISO 9001:2008

Comentarios: editorial@fondodeculturaeconomica.com
www.fondodeculturaeconomica.com
Tel. (55) 5227-4672; fax (55) 5227-4694

ISBN 978-607-16-2053-8

Impreso en México • *Printed in Mexico*

ÍNDICE GENERAL

Prólogo, por Miguel Carbonell..... 7
Introducción 39

I. *El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral*, por H. L. A. Hart 67

II. *¿Es el derecho un sistema de normas?*, por R. M. Dworkin 107
I. Positivismo 107
II. Normas, principios y directrices 117
III. Los principios y el concepto de derecho 129
IV. El arbitrio judicial 133
V. La regla de reconocimiento 149

III. *La moral y el derecho penal*, por Lord Patrick Devlin 160

IV. *Inmoralidad y alta traición*, por H. L. A. Hart 191
Intolerancia, indignación y repugnancia .. 192
Moralidad compartida 194
Sociedad y opinión moral 195
Extraña lógica 199

V. *Teoría de la desobediencia civil*, por J. Rawls 201

Definición de la desobediencia civil ... 201
Definición de la objeción de conciencia 209
Justificación de la desobediencia civil ... 214
Justificación de la objeción de conciencia 222
Función de la desobediencia civil 230

VI. *Defensa del aborto,*
por J. J. Thomson 243

VII. *Derechos e injusticias del aborto: réplica a Judith Thomson,*
por J. Finnis 273

VIII. *Teoría de la libertad de expresión,*
por T. Scanlon 317

Notas sobre los autores 351

Bibliografía 353

Índice onomástico 359

PRÓLOGO

MIGUEL CARBONELL*

INTRODUCCIÓN

Ronald M. Dworkin (1933-2013) fue el filósofo del derecho más destacado de la segunda mitad del siglo XX. Sus libros y artículos despertaron un genuino interés por los temas de la filosofía jurídica y política, sus puntos de vista contribuyeron a renovar el discurso académico, sus opiniones nutrieron el debate público en Estados Unidos y en muchos otros países, y sus posturas fueron citadas con frecuencia en centenares (o acaso miles) de resoluciones judiciales. Dworkin tuvo una de las carreras académicas e intelectuales más fecundas que se puedan recordar y constituye un verdadero modelo para las generaciones presentes y futuras.

Su obra es de tal calidad que se seguirá leyendo por décadas, pues nuestro autor tuvo la enorme virtud de construir un sistema conceptual dotado de una gran generalidad, en el que abordaba aspectos de la dignidad humana que por muchas y muy variadas razones son imperecederos.

Sin embargo, la generalidad conceptual y la universalidad de los planteamientos no hacían de Dworkin (al contrario de lo que sucede con la obra de muchos

*Investigador en el IIJ-UNAM. Investigador Nacional nivel III del Sistema Nacional de Investigadores.

de sus colegas) un filósofo del derecho completamente alejado de la realidad. De hecho, muchos de sus libros se integraron por la compilación de profundos artículos publicados en una legendaria y muy prestigiosa revista de difusión, como lo es *The New York Review of Books*.

En esos artículos Dworkin con frecuencia abordaba cuestiones de alta teoría jurídica y política, pero solía hacerlo a partir de alguna sentencia que hubiera dictado la Suprema Corte de los Estados Unidos o de algún debate público que estuviera en curso en ese país. Es decir, sus construcciones teóricas muchas veces surgían o estaban provocadas por casos judiciales, lo que le daba a su discurso una cercanía muy apreciable respecto a lo que se estaba discutiendo en la práctica jurídica o política norteamericana.

Obviamente, para ello le fue de gran utilidad haber desarrollado su carrera académica en los Estados Unidos, cuyos tribunales cuentan con una larga tradición jurídica (no repetida, que yo sepa, en ningún otro país del mundo) que les permite abordar los problemas más acuciantes y teóricamente relevantes del mundo del derecho. Eso da como resultado que mientras muchos filósofos del derecho en otros países escriben sobre la eutanasia o sobre el aborto en términos puramente teóricos, en los Estados Unidos se cuente con una batería de sentencias a partir de las cuales la discusión de filosofía del derecho se vuelve algo mucho más aterrizado y —por decirlo de alguna manera— práctico.

En la presente obra Dworkin reúne ocho ensayos de quienes fueron los filósofos del derecho y filósofos políticos más destacados de las últimas décadas del siglo XX. Destaco el doble enfoque de los autores —especialistas en teoría jurídica pero también en filosofía

política— porque es precisamente ese doble enfoque el que hace más interesante el contenido del libro que el lector tiene entre las manos, pero además porque también explica el conjunto de la obra del propio Dworkin, quien incluso en sus textos de mayor calado teórico siempre supo conjuntar de manera brillante los temas jurídicos con asuntos de profunda trascendencia en el ámbito de la filosofía política. Un ejemplo de ello es la magna obra (que, en cierto sentido, puede considerarse como su testamento intelectual y a la vez el punto más alto de toda su carrera académica) *Justicia para erizos*, la cual puede ser leída con igual provecho por especialistas en derecho, que por filósofos o por politólogos.

Los autores de los ensayos seleccionados por Dworkin constituyen en su conjunto una de las generaciones más brillantes de la historia del pensamiento humano y me parece una gran fortuna tenerlos reunidos en una obra única, que es a la vez breve y accesible.

Nos llevaría muchas páginas intentar una síntesis sobre la importancia y las aportaciones a las ciencias sociales de autores como H. L. A. Hart, John Rawls (de quien, por cierto, el FCE ha publicado sus obras más relevantes, como su clásico libro *Teoría de la justicia* o su igualmente relevante texto *Liberalismo político*) o John Finnis.

No quisiera, en esa virtud, centrarme en los autores de cada uno de los ensayos que componen este libro (de sobra conocidos en el ámbito del discurso teórico reciente), sino aprovechar estas páginas para destacar la importancia que, para un lector del siglo XXI, tienen algunos de los temas abordados en sus respectivos ensayos.

De esa forma lo que quisiera poner de manifiesto es que cuando se hace buena teoría jurídica o políti-

ca, se trasciende la barrera del tiempo, de manera que lo que un buen teórico escribió hace 30, 40 o 50 años nos sigue siendo útil en la actualidad. Lo digo no de una forma general, cuya evidencia no requiere de mayor comprobación, sino respecto al contenido concreto de este libro, que me parece del todo actual y vigente para descifrar varias de las claves del debate de nuestras ciencias sociales en las primeras décadas del siglo XXI.

Para acreditar lo anterior, me centraré en dos de los principales asuntos que se abordan en el libro y que constituyen en buena medida el núcleo central de muchas discusiones jurídicas, morales y políticas contemporáneas. Me refiero a los temas del aborto y de la libertad de expresión. Ambas cuestiones han sido discutidas con intensidad en los años recientes en México y en otros países de América Latina, sin que puedan considerarse como resueltas o cerradas. Por el contrario, es del todo probable que sigamos discutiendo en los años siguientes sobre si se debe o no permitir la interrupción voluntaria del embarazo, o sobre los límites a lo que se puede decir en público.

Son dos temas que presentan profundas connotaciones filosóficas y jurídicas por un lado, pero por otra parte (y por eso es que vale la pena abordarlos), también son expuestos de forma profunda por los autores seleccionados por Ronald Dworkin para integrar la presente obra.

¿Puede el Estado decidir sobre nuestro cuerpo?

Como se sabe, el punto de partida para el debate jurisprudencial sobre el aborto lo marcó el caso *Roe* vs.

Wade resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1973 (410 U.S. 113); curiosamente, en el caso *Roe* la Corte estadunidense no utilizó una argumentación basada en el derecho a la vida como suele ser corriente en el debate de otras cortes constitucionales, sino una sobre todo vinculada al derecho a la privacidad, que ya había utilizado en anteriores decisiones (por ejemplo en *Griswold* vs. *Connecticut* 381 U.S. 479, de 1965, en referencia al uso e información sobre los anticonceptivos),[1] para ampliar considerablemente los limitados alcances de las cláusulas que sobre los derechos contienen las enmiendas del texto constitucional de 1787.

El caso fue resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 22 de enero de 1973 con una votación de siete a dos. El ponente fue Harry Blackmun, quien suscribió la posición de la mayoría, entre quienes se encontraba también el entonces *Chief Justice*

[1] En ese caso la Corte Suprema dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un "derecho a la intimidad" derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of Rights*. Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of Rights* tienen zonas de "penumbra", de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En el caso *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: "¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial"; la parte más sustantiva de la sentencia y de los votos concurrentes y disidentes se puede consultar, por ejemplo, en DAVID M. O'BRIEN, *Constitutional Law and Politics*, Vol. II, *Civil Rights and Civil Liberties*, 4ª ed., Nueva York, Norton and Company, 2000, pp. 333-342.

de la Corte, Warren Burger. Los *justices* que disintieron fueron William Rehnquist y Byron White, quienes suscribieron votos particulares (las llamadas *dissenting opinions*).

Para tomar su decisión, la Corte tuvo que justificar que el derecho a interrumpir el embarazo era un derecho fundamental o tenía cobertura de un derecho de esa especie, ya que si no fuera un derecho fundamental el gobierno podría limitarlo sin mayores problemas, en aras a preservar un bien colectivo. La Corte argumentó, como ya se apuntaba, que el derecho a interrumpir el embarazo formaba parte del derecho a la intimidad de la mujer y que el gobierno no tenía razones suficientes para interferir con el ejercicio de ese derecho.

Sin embargo, la Corte aportó algunos matices sobre el derecho al aborto dependiendo de lo avanzado que estuviera el embarazo al momento de ejercerlo. Así por ejemplo, en la sentencia se hace una división del embarazo en tres periodos de tres meses cada uno. Durante el primer trimestre el gobierno no puede interferir de ninguna manera en la decisión de una mujer para interrumpir el embarazo, salvo para insistir en que el aborto sea practicado por un médico titulado.

Durante el segundo trimestre el gobierno puede regular lo relativo al aborto con el único objetivo de preservar y proteger la salud de la mujer; de esta forma, el gobierno puede dictar disposiciones a fin de que el aborto sea practicado sin riesgo para la mujer.

Durante el tercer trimestre, cuando el feto ya podría sobrevivir fuera del cuerpo de la mujer (es decir, cuando se considera "viable"), hay una justificación suficiente para regular el derecho a interrumpir el embarazo; en este punto, la regulación puede llegar

incluso hasta prohibir el aborto, para proteger la vida del feto, a menos que la interrupción del embarazo sea estrictamente necesaria para preservar la vida o la salud de la mujer.

De lo dicho hasta aquí resaltan al menos dos cuestiones: en primer término, la enorme creatividad judicial que se ejerció en el caso *Roe*, al crear el esquema de los trimestres; en segundo lugar, es destacable también que la Corte haya hecho uso de un derecho que solamente de forma implícita se puede desprender de la Constitución norteamericana, como es el derecho a la intimidad de la mujer.

Sorprende lo anterior por muchas cuestiones, entre ellas porque en ese entonces la Corte estaba presidida por un juez conservador, nombrado por el presidente Richard Nixon, justamente con el objeto de disminuir el activismo judicial que se había desarrollado en los años cincuenta y sesenta, cuando la Corte era presidida por Earl Warren. La sentencia fue redactada por otro juez nombrado por Nixon, como lo fue Harry Blackmun. Además del presidente de la Corte, Warren Burger, y de Blackmun, también estuvieron a favor de la sentencia *Roe* otros jueces conservadores. En cualquier caso, después de dictada la sentencia hubo en los Estados Unidos muchas críticas al activismo judicial de la Corte.

Por lo que hace al derecho a la intimidad como fundamento de la decisión, es verdad que tal derecho no aparece literalmente en el texto constitucional norteamericano, pero según la mejor doctrina se puede desprender de la prohibición contenida en la Enmienda XIV según la cual nadie puede ser privado de la vida, la libertad o la propiedad sin observar el debido proceso legal. La intimidad sería una consecuencia del genérico derecho de libertad y de la in-

terpretación que ha hecho la Corte del concepto de "debido proceso legal", incorporando en dicho concepto contenidos sustantivos para proteger derechos fundamentales (lo que se conoce como el *substantive due process of law*).[2]

Años después de haber dictado la sentencia *Roe*, la Corte ha vuelto sobre el tema del aborto y ha precisado, entre otras cuestiones, que el derecho a interrumpir el embarazo corresponde solamente a la mujer, de forma que el gobierno o el legislador no pueden otorgar un derecho de veto al hombre que comparte con la mujer la responsabilidad por el embarazo, ni tampoco a los parientes en el caso de que la mujer sea menor de edad; estos criterios se contienen en el caso *Planned Parenthood* vs. *Danforth*, resuelto en 1976.

La Corte ha considerado (en el caso *Thornburg* vs. *American College of Obstetricians*, resuelto en 1986) inconstitucionales algunas leyes estatales que obligaban a la mujer que quería abortar a conocer informa-

[2] Desde la teoría feminista algunas autoras han mostrado cierta cautela sobre la oportunidad de utilizar el derecho a la intimidad al tratar el tema del aborto. Entre ellas, Catharine MacKinnon ha destacado el hecho de que utilizar el derecho a la intimidad en cuestiones sexuales puede ser peligroso para las mujeres en tanto que implica que el gobierno no tiene ninguna preocupación legítima por lo que les ocurre a las mujeres tras la puerta del dormitorio; en segundo lugar, para MacKinnon la afirmación de que el aborto es una cuestión privada parece suponer que el gobierno no tiene ninguna obligación de ayudar a financiar el aborto de las mujeres pobres, del mismo modo como les ayuda a financiar el parto. Ambos argumentos son estudiados y desestimados por RONALD DWORKIN, en su libro, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 71 y ss. Esta obra de Dworkin es fundamental para comprender las bases científicas sobre las que se debe basar la polémica sobre el aborto (y sobre otros problemas relacionados con el derecho a la vida, como el de la eutanasia).

ción detallada sobre el desarrollo del feto, sobre los riesgos fisiológicos y psíquicos que implica el aborto o de la existencia de apoyos sociales para el caso de que decida seguir adelante con el embarazo; según la Corte, dicha obligación es inconstitucional en la medida en que tiene por objetivo influenciar la decisión de la mujer sobre la interrupción del embarazo.

En otro caso (*City of Akron* vs. *Akron Center for Reproductive Health Inc.*, resuelto en 1983), la Corte ha considerado pertinente que se cuente con asistencia judicial en el supuesto de menores que quieran interrumpir el embarazo, siempre que esos menores tengan buenas razones para no acudir a la asistencia de sus familiares; en estos casos la intervención judicial debe estar regida por procedimientos que aseguren la rapidez y la confidencialidad.

En sentido parecido, la Corte ha considerado inconstitucional una ley del estado de Minnesota que obligaba a una menor que quería abortar a elegir entre las dos siguientes opciones: o bien notificar a sus dos progenitores con 48 horas de anticipación que iba a interrumpir su embarazo, o bien obtener una orden judicial para poder realizar dicha interrupción (caso *Hodgson* vs. *Minnesota* de 1990, con votación muy dividida de cinco a cuatro); el mismo día, sin embargo, la Corte reconoció como constitucional el requisito de que el médico que iba a practicar un aborto a una menor de edad le avisara por lo menos a uno de sus padres antes de llevar a cabo el procedimiento (caso *Ohio* vs. *Akron Center for Reproductive Health* de 1990, con votación de seis a tres).

La Corte ha reconocido que se pueden negar fondos públicos federales o estatales para la realización de abortos no terapéuticos y que los hospitales públicos no están constitucionalmente obligados a practi-

carlos (casos *Maher* vs. *Roe*, de 1977 y *Poelker* vs. *Doe*, del mismo año).

Los que se han mencionado son solamente algunos de los casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la materia que nos ocupa; con posterioridad a ellos se han seguido decidiendo otros casos, los cuales han puesto de manifiesto el débil y precario equilibrio que existe en ese tribunal entre los jueces que consideran que el criterio vertido en el caso *Roe* debe seguirse manteniendo y entre aquellos que, por el contrario, sostienen que es tiempo de dejarlo atrás.[3]

Como quiera que sea, parece que los debates sobre el aborto no han podido ser zanjados por los criterios de los jueces, cualquiera que haya sido el sentido que dichas resoluciones hayan adoptado. Se trata, como lo ilustra el luminoso título del libro de Laurence H. Tribe, de una "guerra de absolutos" *(clash of absolutes)*, en donde se enfrentan dos valores últimos de la humanidad: la vida y la libertad. Además, hay muchas situaciones intermedias en donde la posibilidad o la necesidad de sacrificar uno de esos dos valores no está muy clara.

El propio Tribe lo explica en los siguientes términos:[4] es obvio que el infanticidio es un crimen horrible y que la muerte de un niño constituye una de las mayores tragedias de la naturaleza; pero, ¿lo mismo se puede decir de la destrucción de un feto de ocho meses?, ¿y de uno de cinco meses? Por otro lado, la

[3] El análisis detenido de las diferentes posturas, claramente manifestadas, por ejemplo, en el caso *Planned Parenthood* vs. *Casey* decidido en junio de 1992 por una votación de cinco contra cuatro, se puede encontrar LAURENCE H. TRIBE, *El aborto: guerra de absolutos*, México, FCE, 2012 (el texto de la sentencia se incluye en las pp. 490 y ss.).

[4] *El aborto, op. cit.*, p. 107.

vida sin libertad es devastadora y justamente ese sería el caso de una mujer a la que se le obligara a tener un hijo sin su consentimiento; obligar a una mujer a tener un hijo producto de una violación es un asalto a su humanidad; pero, ¿sería el mismo caso el obligar a una mujer a tener un hijo solamente porque le falló el método de control de la fertilidad?

En extremos tan delicados y discutibles, nadie puede ofrecer respuestas totalizadoras. Quien lo pretenda estará más cerca de la locura totalitaria que de los valores que defiende el Estado constitucional. La posiciones en este tema suelen polarizarse y las posibilidades de cada una de las partes de convencer a la otra son muy escasas, por no decir del todo remotas.

En este contexto, el derecho constitucional debería asegurar las condiciones para que la tolerancia fuera el criterio bajo el que la legislación contemplara el tema del aborto. Es decir, si nadie puede ofrecer una respuesta completa, segura y aceptable por todos, entonces corresponde al derecho —en tanto que ordenamiento objetivo para asegurar la convivencia social pacífica— suministrar el marco jurídico para que todas las opciones de cada persona queden a salvo, sin que nadie pueda imponer en el cuerpo de otro su propio criterio.

El derecho de los estados democráticos no puede imponer criterios particulares de moralidad pública o privada, más allá de los genéricos derechos de libertad, igualdad y seguridad jurídica, o de los correspondientes deberes de diligencia, honradez, eficiencia, etc., en los servidores públicos.

Todo lo anterior viene al caso para encuadrar debidamente la lectura de los textos de J. J. Thompson y de J. Finnis que aparecen en este libro.

J. J. Thompson hace una muy brillante defensa de la libertad de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo. Pero lo hace (y esto es lo que enriquece enormemente su argumentación) concediendo un punto a quienes se oponen al aborto. Thompson asume que, en efecto, el producto de la concepción es una persona. Pero, a través de un muy inteligente ejemplo sobre un violinista famoso y la lucha de la Sociedad de Amigos de la Música por mantenerlo con vida, nos ilustra sobre los problemas que genera el limitar la autonomía de las personas para decidir sobre su propia vida y de instrumentalizarlas para lograr fines que les son ajenos (algo sobre lo que ya nos había advertido el gran John Stuart Mill desde el siglo XIX en su famoso ensayo *Sobre la libertad*).

J. Finnis contesta el texto de Thompson con una argumentación igualmente sugerente (al margen de que se puede coincidir o no con ella), partiendo de ciertas premisas que interesan no solamente al debate sobre el aborto, sino a cuestiones más generales de la filosofía jurídica. Me refiero al planteamiento que hace Finnis a partir del cual se pregunta sobre cuándo podemos decir que tenemos un derecho (es decir, que somos titulares del mismo) y qué es lo que hace que lo tengamos. A partir de ahí desarrolla una profunda reflexión sobre los actos que ponen bajo dilemas a veces irresolubles a nuestros derechos, o situaciones en las que dos derechos chocan y se debe decidir cuál de ellos tiene preferencia y con qué alcance la tiene (enfoque que es típico en las resoluciones judiciales sobre el aborto y respecto del cual hay amplios desacuerdos sobre el resultado que ofrece o incluso sobre si puede ofrecer algún resultado que no esté directamente vinculado con la ideología o la moral de quien debe tomar la decisión).

No cabe duda que los textos de Thompson y de Finnis nos ilustran sobre la forma de construir buenos argumentos, sobre la altura que pueden llegar a tener los debates entre los grandes intelectuales y sobre lo difícil que resulta proteger efectivamente derechos tan básicos como la vida o la libertad sobre nuestro propio cuerpo. Por eso es que creo que se trata de dos textos cuya lectura nos ilumina y puede servir para orientar (en un sentido o en otro) nuestras discusiones actuales sobre el aborto y sobre el alcance de las libertades que tenemos. Al leer ambos textos no se termina con el tema, sino que se cuenta con mayores elementos para seguir reflexionando y para aportar razones a favor o en contra. De eso trata, en el fondo, la mejor filosofía del derecho, la que de verdad sirve a una ciencia tan práctica y aplicada como lo es el derecho.

¿Qué se puede decir y qué se debe callar?

T. Scanlon nos propone en su texto una provocativa forma de defender la libertad de expresión y nos ilustra sobre los tipos de actos que deben estar protegidos por la misma (actos comunicativos, a diferencia de los actos que pueden tener consecuencias "físicas" en el mundo de la realidad). Como en la perspectiva ofrecida en los textos sobre el aborto, también en este caso el autor se apoya (expresamente) en las tesis de John Stuart Mill, cuyos escritos son indispensables para asumir posturas liberales que a la vez sean modernas y coherentes.

No hay forma de resumir el texto de Scanlon, rico en derivaciones lógicas y propuestas filosóficas, por lo que simplemente intentaré aportar algunos elemen-

tos y algunos casos que le sirvan al lector para avanzar con mejor provecho sobre la lectura de su texto. Las siguientes consideraciones intentarán poner de manifiesto de qué manera la alta filosofía jurídica puede servir para resolver los más complejos problemas que nos ofrece la práctica del derecho. Lejos de ser un divertimento puramente teórico, la buena filosofía del derecho (es decir, la filosofía del derecho que hizo a lo largo de toda su vida Ronald Dworkin, al igual que la que han hecho también los demás autores del presente libro) es totalmente aplicable y sirve como fundamento metanormativo para informar debidamente las resoluciones judiciales y las decisiones legislativas.

Quizá convenga iniciar con una obviedad: la visión alternativa del mundo y de la vida que nos ofrece el pensamiento heterodoxo no solamente está protegida constitucionalmente, sino que es del todo necesaria desde un punto de vista político.[5] El pluralismo social, expresado a través de discursos inapropiados, marginales o minoritarios, es característico de los sistemas democráticos. Pretender sofocarlo a través del uso del derecho penal es una decisión que viola un buen número de normas jurídicas pero que además ofende cualquier criterio democrático.

En democracia no solamente no se puede eliminar al disidente, a quien piensa de forma heterodoxa o a quien no se conforma con los valores socialmente aceptados, sino que decide ponerlos en duda, retarlos. No se le puede eliminar, sino que se le tiene que proteger y una manera de hacerlo es tutelando la libertad de expresión de acuerdo con los cánones previstos en

[5] Véase, sobre el tema, el penetrante análisis de CASS R. SUNSTEIN, *Why Societies Need Dissent*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. En una de las sentencias más importantes que la Suprema Corte de los Estados Unidos dictó durante todo el siglo XX, el juez Robert H. Jackson afirmaba con una luminosidad insuperable que

> quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unanimidad en los cementerios... El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario... Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos. No se nos alcanza ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla [sentencia *West Virginia State Board of Education* vs. *Barnette* de 1943].

En la misma sentencia del caso *Barnette* Jackson nos recordaba para qué sirven los derechos fundamentales y los tribunales constitucionales; los párrafos en cuestión son los siguientes:

> Un sistema que respeta los derechos tiende a reducir el miedo y la envidia, y, al hacernos a todos más seguros y satisfechos por vivir en él, recibe más apoyo de los ciudadanos...
>
> Defender estos derechos (fundamentales) frente al poder no equivale a preferir a un gobierno débil frente a un gobierno fuerte: tan sólo implica adherirse a las libertades individuales en lugar de a la uniformidad impuesta desde el poder, que la historia demuestra que es algo desastroso...

> El propósito fundamental de toda declaración de derechos es sustraer ciertas materias a las vicisitudes del debate político, situándolas fuera del alcance tanto de las mayorías políticas como de los agentes gubernamentales y otorgándoles el carácter de principios jurídicos que deben ser aplicados y garantizados por los tribunales. Los derechos a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libre expresión: las libertades religiosa, de imprenta, de reunión y manifestación, así como otros derechos fundamentales no son otorgados o denegados por los votos, ni dependen del resultado de los procesos políticos y electorales.

La jurisprudencia norteamericana ha sido pionera en el tema de la libertad de expresión y ha servido de modelo para los pronunciamientos jurisprudenciales de muchos otros países. Su abundancia haría imposible una exposición exhaustiva en este momento, pero considero que vale la pena detenerse aunque sea de forma superficial en algunos de sus aspectos más sobresalientes para poder aprovechar mejor los textos que el lector podrá encontrar en las siguientes páginas;[6] entre los temas que pueden considerarse como más relevantes en materia de libertad de expresión en los Estados Unidos se encuentran los cinco siguientes: *a)* el tema de la pornografía; *b)* el tema del lenguaje del odio (particularmente la tesis del riesgo claro e inminente de causar un daño recogida en la sentencia *Brandenburg* vs. *Ohio*); *c)* el financiamiento

[6] Una exposición de conjunto sobre el tema puede verse en GERALD GUNTHER, *Individual Rights in Constitutional Law. Cases and Materials*, 2ª ed., Mineola, The Foundation Press, 1976, pp. 638 y ss., así como ERIC BARENDT, *Freedom of Speech*, 2ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2006, y EUGENE VOLOKH, *The First Amendment. Problems, Cases and Policy Arguments*, Nueva York, The Foundation Press, 2001.

de la política; *d)* la quema de banderas, y *e)* las críticas a funcionarios públicos (sobre todo las consideraciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el famoso caso *New York Times* vs. *Sullivan*).

La pornografía

El tema de la pornografía ha generado encendidos debates constitucionales en varios países y ha suscitado puntos de vista contrarios en los estudios sobre los derechos fundamentales.[7] Para una parte de la teoría feminista, la pornografía no tiene nada que ver con la libertad de expresión ni con las concepciones morales de las personas, sino que supone una forma directa de presentar el sometimiento de la mujer al dominio del hombre, así como una incitación a la violencia sexual y doméstica.[8]

Es importante reparar en el argumento de que, para esa teoría feminista, la pornografía no estaría protegida por la libertad de expresión ya que no se trata de meras expresiones, sino de acciones y las acciones, como se verá más adelante cuando se analice la libertad de conciencia, tienen un radio de protección notablemente menor que la mera representación simbólica de ideas, convicciones o, en general, expresiones; pero para otros teóricos importantes, como

[7] Véase por ejemplo el debate contenido en CATHARINE MACKINNON y RICHARD POSNER, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997; del mismo Posner, sobre el tema, "Obsessed with Pornography" en su libro *Overcoming Law* (7ª reimpresión), Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 357 y ss. (en este ensayo, Posner también se ocupa de discutir las tesis de MacKinnon).

[8] Así, por ejemplo, MACKINNON, "La pornografía no es un asunto moral" en MACKINNON y POSNER, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

Owen Fiss, la pornografía es una forma de expresión, "de los creadores y productores de la obra y, desde luego, forma parte del discurso a través del cual el público se comprende a sí mismo y comprende el mundo al que se enfrenta".[9] Las anteriores serían, en resumidas cuentas, las bases del debate social y académico sobre el tema.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos hay varios casos relativos a la pornografía. El criterio de la Corte ha sido variable y poco claro, pero en general ha dicho que los actos obscenos no tienen cobertura constitucional bajo la óptica de la Primera Enmienda. Ahora bien, ha puesto requisitos a la calificación de un acto como obsceno, de tal forma que lo será una obra que carezca seriamente de valor literario, artístico, político o científico, siempre que a criterio de un ciudadano normal, que se base en estándares comunes dentro de su comunidad, sea patentemente ofensivo por contener conductas sexuales prohibidas por la ley y atienda únicamente a un interés lascivo (*Miller* vs. *California* de 1973 y *Paris Adult Theatre* vs. *Slaton* del mismo año).[10]

En otro caso, la Corte tuvo que pronunciarse sobre una ley de la ciudad de Indianapolis y del Condado de Marion que castigaba la pornografía al considerarla como una forma de discriminación por razón de sexo (*American Booksellers Association Inc.* vs. *Hud-*

[9] OWEN FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, trad. de Jorge Malem y Víctor Ferreres, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 25.

[10] Para la reseña de algunos casos anteriores, AL KATZ, "Privacy and pornography: Stanley v. Georgia", *The Supreme Court Review 1969*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969, pp. 203-217. Para las cuestiones que tienen que ver con menores de edad, SAMUEL KRISLOV, "From Ginzburg to Ginsberg: The Unhurried Children's Hour in Obscenity Litigation", *The Supreme Court Review 1968*, Chicago, The University of Chicago Press, 1968, pp. 153-197.

nut de 1985); en su sentencia la Corte afirmó que todos los discursos están protegidos, sin importar qué tan dañinos son; si se diera otra respuesta a problemas complejos como el de la pornografía, afirma la Corte, se estaría dejando que el gobierno controle todas las instituciones de la cultura, convirtiéndolo en un gran censor, permitiéndole decidir qué pensamientos son buenos para nosotros; al final confirmaba la inconstitucionalidad de la legislación de Indianapolis.

A conclusiones parecidas arribó también la Corte Constitucional de Colombia cuando tuvo que resolver sobre la remoción de una parte de las obras de arte que se habían expuesto en una galería pública, que fueron retiradas porque a juicio de su director eran pornográficas e indecentes; la Corte tuteló el derecho del autor bajo la perspectiva de que la libertad de expresión comprende la posibilidad de dar a conocer las creaciones artísticas; citando el artículo 70 de la Constitución colombiana que dispone que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, se preguntaba la Corte, "¿Cómo hacer efectivo tal reconocimiento y respeto por la diversidad si las autoridades, en lugar de acatar y hacer cumplir el texto constitucional, se arrogan ilegítimamente la potestad de elegir, de entre esa pluralidad de manifestaciones que la Constitución legitima, únicamente las que a su juicio satisfacen los cánones morales y estéticos que estimen ortodoxos?"[11]

La doctrina ha planteado si sería constitucional que una ley retirara el apoyo de fondos públicos para

[11] El texto de la sentencia (la T-104 de 1996; ponencia de Carlos Gaviria) se encuentra en el libro de MacKinnon y Posner, *Derecho y pornografía*, pp. 151 y ss., donde también puede leerse la sentencia *American Booksellers Association Inc.* vs. *Hudnut* de la Corte de los Estados Unidos.

representaciones artísticas que caigan en lo que la propia ley puede considerar como obsceno. El tema es importante ya que no se trataría de una *acción* que impide una determinada forma de expresión, sino de una *omisión* (la negativa a dar financiamiento) que podría dar lugar a algún tipo de censura previa o que podría poner en aprietos el principio de neutralidad del Estado frente a las manifestaciones artísticas o estéticas de los individuos.[12]

Y además se trata de un tema actual en la medida en que el Estado moderno interviene de forma intensa en muchos aspectos de la vida social, algunos de los cuales podrían correr el riesgo de desaparecer si se dejaran al juego libre de las fuerzas del mercado. Algunas expresiones artísticas se encuentran en este último supuesto y por eso es importante determinar con qué criterios el Estado puede subsidiar una expresión artística o dejar de hacerlo y si con ello vulnera o no un derecho fundamental.

El lenguaje del odio[13]

En términos generales, la Corte de los Estados Unidos ha considerado que todos los discursos deben ser pro-

[12] Véase el análisis de OWEN FISS, *Libertad de expresión y estructura social*, *op. cit.*, pp. 63 y ss.; *idem*, *La ironía de la libertad de expresión*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

[13] Para un primer acercamiento al tema puede verse AMOS SHAPIRA, "Should Violent and Hate Speech Be Protected? Some Reflections on Freedom of Expression and its Limits", en MIGUEL CARBONELL (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 675 y ss., y CASS R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995, pp. 167 y ss.

tegidos, aunque el Estado tiene la facultad de regular algunos aspectos, a fin de proteger otros derechos (por ejemplo, la libertad de expresión de un individuo no se puede ejercer dentro del despacho oval de la Casa Blanca, o dentro de la cocina de otra persona que nos presta para ello su consentimiento), y que solamente se pueden limitar la emisión de aquellos que representen un riesgo claro e inminente respecto a un interés superior *(compeling interest)* del Estado. Dicha protección incluye discursos que pueden ser particularmente ofensivos para la sensibilidad o puntos de vista de otras personas,[14] como sucede con el tema de la pornografía que se acaba de analizar.

Desde luego, de ese punto de vista no se desprende que *todos* los discursos tengan la misma protección; es común en la doctrina norteamericana citar la expresión empleada por el juez de la Corte Suprema Holmes en el caso *Schenck* vs. *United States* de 1919, de que no hay ninguna buena razón para tutelar la expresión falsa de un hombre que grita "¡Fuego!" en un teatro lleno de gente. Para distinguir entre los discursos que merecen ser protegidos y aquellos que no la Corte, bajo las ideas del propio Holmes en el caso *Schenck,* ideó el *test* del peligro claro e inminente *(clear and present danger),*[15] admitiendo que se trata-

[14] Cfr. RONALD DWORKIN, "Libertad de expresión, política y las dimensiones de la democracia" en su libro *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad,* Barcelona, Paidós, 2003, p. 381.

[15] Un análisis más detenido de la doctrina del riesgo o peligro claro e inminente puede encontrarse en PABLO SALVADOR CODERCH (director), *El mercado de las ideas,* Madrid, CEC, 1990, pp. 25 y ss. Dentro de la literatura constitucional norteamericana se puede ver el completo análisis de LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law,* 2ª ed., Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 841 y ss.; de DAVID M. O'BRIEN, *Constitutional Law and Politics.* Vol. II. *Civil Rights and Civil Liberties, op. cit.,* pp. 382 y ss., y de FRANK R.

ba de una cuestión que merecía ser ponderada, ya que se requería una valoración de proximidad y de grado para determinar si ese peligro existía.

La tesis del peligro claro e inminente cobró todo su sentido en el caso *Brandenburg* vs. *Ohio* de 1969, en el que la Corte tuvo que decidir si merecía protección constitucional un militante del Ku Klux Klan, la conocida organización racista que defiende la supremacía de la raza blanca, que había abogado por la violencia política y que había sido condenado por ello. La Corte protegió la libertad de expresión empleando la noción del peligro claro e inminente y sostuvo que el Estado no puede prohibir o proscribir *abogar (advocating)* en favor de la violencia salvo cuando ello se dirige a incitar o producir de manera inminente una acción ilegal; en su sentencia la Corte distingue entre las *fighting words* o palabras provocadoras, que no tendrían protección constitucional (como también lo ha considerado la Corte en el caso *R.V.A.* vs. *City of St. Paul* de 1992, en el que tuvo que decidir sobre la constitucionalidad de una norma que castigaba entre otras cuestiones la quema de cruces), y la *general advocacy of ideas* o defensa general de ideas, que deben ser protegidas por más ofuscadas o erróneas que nos parezcan. En el caso *Brandenburg* la Corte cita un precedente de 1961 *(Noto* vs. *United States)* para separar la enseñanza de la propiedad moral o incluso de la necesidad moral de acudir a la fuerza y a la violencia, de la preparación de un grupo para la acción violenta y la dirección hacia esa acción.

En su sentencia del caso *R.V.A.* la Corte reconoce el derecho del gobierno a regular las *fighting words*

STRONG, "Fifty Years of 'Clear and Present Danger': from Schenck to Brandenburg and Beyond", *The Supreme Court Review 1969*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969, pp. 41-80.

pero no lo autoriza a distinguir dentro de ellas las que le parezcan políticamente incorrectas, limitando de esa manera un discurso con base en la hostilidad o la simpatía que tenga hacia el mensaje subyacente; varios integrantes de la Corte hicieron votos particulares señalando que las facultades del gobierno para hacer frente a ese tipo de manifestaciones debían ser más amplias, sobre todo cuando se tratara de actos dirigidos contra minorías tradicionalmente discriminadas, como lo pueden ser las personas de color.[16]

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó una sentencia que toca de manera parcial el tema del lenguaje de odio, en su variante de lenguaje homofóbico, señalando que por regla general carecía de protección constitucional.

Para la Corte, las expresiones discriminatorias, especialmente las homofóbicas como "puñal" o "maricón", no se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Constitución. Esta resolución puso fin a la disputa legal entre dos periodistas de la ciudad de Puebla. En 2010, Armando Prida Huerta, dueño del diario *Síntesis*, demandó a Enrique Núñez Quiroz, del diario *Intolerancia*, por una columna en la que Núñez Quiroz se refirió a Prida Huerta como "puñal", y sostuvo que sólo los "maricones" escriben en el periódico *Síntesis*.

La SCJN resolvió el Amparo directo en revisión 2806/2012 argumentando que el lenguaje discriminatorio provoca prejuicios que se arraigan en la sociedad modificando la percepción que las personas tienen de la realidad, poniendo en condiciones de vulnerabili-

[16] Véanse las observaciones de PABLO SALVADOR CODERCH, *El derecho de la libertad*, Madrid, CEC, 1993, pp. 20-23.

dad a ciertos grupos o personas. Si bien es cierto que estas expresiones se encuentran fuertemente arraigadas en el lenguaje mexicano, la SCJN señaló que las prácticas que realizan la mayoría de los integrantes de la sociedad no pueden convalidar violaciones a derechos fundamentales.

El financiamiento de la política

La historia constitucional norteamericana presenta muchos casos interesantes para comprender los alcances de los derechos fundamentales y, en general, para penetrar en la lógica del Estado constitucional, pero también nos ofrece algunas decisiones que son difíciles de entender fuera del contexto social y político de los Estados Unidos. Tal es el caso de los criterios de la Corte Suprema que han entendido que la donación de dinero a partidos u otras organizaciones políticas es una manifestación que forma parte de la libertad de expresión y que, en consecuencia, las leyes que la limiten deben ser cuidadosas de no infringir la Primera Enmienda. Para la Corte los gastos en favor de un ideario político o realizados para promover o combatir una determinada política pública pueden formar parte de la expresión a favor de un partido, un candidato o una causa y en ese sentido los límites que las leyes puedan poner a esa *expresión* pueden vulnerar la Primera Enmienda (se trata del caso *Buckley* vs. *Valeo* de 1976; la misma tesis se aplicó a la legitimidad de los gastos de las grandes corporaciones en materia política en el caso *First National Bank of Boston* vs. *Belloti* de 1978).

La doctrina —aunque no de forma unánime— se ha mostrado muy crítica con el criterio de esa senten-

cia y ha intentado demostrar que la donación de dinero a las campañas no es una expresión, por un lado, y que el criterio de la Corte tenderá a hacer de la cuestión económica el factor determinante para una victoria electoral, lo cual puede tener profundas consecuencias negativas para la democracia en los Estados Unidos.[17]

Respecto a lo primero, Owen Fiss concluye que las donaciones a los partidos sí estarían protegidas por la libertad de expresión ya que "el dinero sí es una expresión o, más exactamente, que el acto de gastar dinero es una actividad tan expresiva como una manifestación pública, y es una vía tan importante para hacer avanzar los valores políticos de cada cual como el acto de vender un libro",[18] si bien acepta que la limitación a las donaciones podría encontrarse en el principio de igualdad que protege la Decimocuarta Enmienda, ya que tales limitaciones situarían a los pobres en una situación de mayor igualdad política respecto a los ricos, "ofreciéndoles de ese modo una oportunidad para exponer sus intereses y para lograr que se tomen medidas que mejoren su posición económica".[19]

El mismo tema volvió a aparecer más adelante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la decisión *Citizens United* vs. *FEC* del año 2010. Esta sentencia fue resuelta por una apretada votación de cinco contra cuatro y según algunos analistas supone un duro golpe a la democracia norteamericana, al liberalizar las donaciones de particulares a las

[17] Ronald Dworkin, "Libertad de expresión, política y las dimensiones de la democracia", *op. cit.*, pp. 381 y ss.
[18] *La ironía de la libertad de expresión, op. cit.*, p. 26.
[19] *Ibid.* p. 22.

campañas políticas. El propio Ronald Dworkin hizo en su momento una demoledora crítica de la sentencia.[20]

La quema de banderas

Como ya se ha dicho, la libertad de expresión alcanza a proteger expresiones o ideas que consideramos profundamente equivocadas y que pueden parecer incluso ofensivas para el criterio de la mayoría de la población; que tales expresiones, pese a ello, puedan seguir teniendo lugar en una sociedad democrática es una prueba más del carácter contramayoritario de los derechos fundamentales.

Lo anterior viene al caso porque una de las expresiones simbólicas que cuentan con mayor aprecio en muchos países es la bandera nacional, la cual incluso puede llegar a ser venerada. La Corte de Estados Unidos tuvo que enfrentarse al caso de la constitucionalidad de una ley local de Texas que imponía penas privativas de la libertad a quien quemara la bandera estadunidense en público. En la sentencia del caso *Texas* vs. *Johnson* de 1989, la Corte, en una votación dividida de cinco contra cuatro, consideró que tales penas eran inconstitucionales pues limitaban indebidamente la libertad de expresión, una libertad que la propia bandera contribuía a defender. Quemar una bandera, en opinión de la Corte, era nada más que una *expresión simbólica*. William Brennan, que fue el ponente de la sentencia, afirmó que es un principio inconmovible de la Primera Enmienda que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea sola-

[20] RONALD DWORKIN, "La decisión que amenaza la democracia", traducción de Miguel Carbonell y Rubén Sánchez Gil, *Isonomía*, núm. 35, México, octubre de 2011, pp. 7-23.

mente porque la sociedad la encuentre ofensiva o desagradable y aseguró que el acto de quema de bandera que se juzgaba en ningún momento supuso una amenaza inminente para la paz social.[21]

La sentencia del caso *Johnson* desató una fuerte controversia nacional y el Congreso de los Estados Unidos dictó una ley por medio de la cual prohibía la quema de banderas. Al poco tiempo, la Corte, por la misma mayoría de cinco a cuatro, la declaró también inconstitucional en el caso *United States* vs. *Eichman* de 1990.[22] En su voto particular a la sentencia, el juez John Paul Stevens sostuvo que la ley sí era constitucional ya que no impedía que los manifestantes expresaran de muchas otras maneras sus ideas de forma que la ley tenía un impacto mínimo sobre la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre actos que, sin llegar a quemarla, podrían profanar o ser ofensivos para su bandera; se trataba de una fotocomposición que daba como resultado, en la contraportada de un libro antimilitarista, la imagen de un hombre orinando sobre la bandera alemana. El Tribunal consideró que dicha composición satírica estaba protegida por la libertad de expresión, ya que el núcleo expresivo de la misma era simplemente una crítica (aunque fuera en forma grosera o poco elegante) que era constitucionalmente admisible.[23]

[21] Un análisis más detenido del caso puede verse en CODERCH, *El mercado de las ideas, op. cit.*, pp. 36-45, con bibliografía adicional, así como en ROBERT JUSTIN GOLDSTEIN, *Flag Burning and Free Speech*, Lawrence, Kansas University Press. 2000.

[22] Un comentario a esta sentencia se encuentra en CODERCH, *El mercado de las ideas, op. cit.*, pp. 525-528.

[23] El caso es referido por CODERCH, *El derecho de la libertad, op. cit.*, p. 19.

En México la Suprema Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de la libertad de expresión en relación con la bandera y los símbolos nacionales. Infortunadamente la sentencia en cuestión fue criticada de manera unánime como una de las peores de las últimas décadas, en la medida en que (al revés de los casos que se acaban de narrar) la Corte permitía procesar penalmente a una persona por haber escrito un poema que resultaba ultrajante para la bandera. Me refiero a la sentencia dictada en el amparo en revisión 2676/2003.[24]

La crítica a los funcionarios públicos

Hay algunos casos en la historia constitucional norteamericana que han tenido un impacto interno muy importante, y que también han contribuido al desarrollo de importantes líneas de interpretación judicial en otros países. Casos como el *Marbury* vs. *Madison*, *Brown* vs. *Board of Education* o *Roe* vs. *Wade* forman parte importante del constitucionalismo contemporáneo. En esa misma situación se encuentra el caso *New York Times* vs. *Sullivan* de 1964, sobre la que se ha dicho que es "probablemente una de las sentencias más citadas del siglo en los países de nuestra cultura".[25]

[24] Un análisis de dicha sentencia puede verse en MIGUEL CARBONELL, "Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión", *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 24, México, abril de 2006, pp. 171-186; hay una versión ampliada en SANTIAGO VÁZQUEZ CAMACHO (comp.), *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*, México, Porrúa, 2007, pp. 35-48.

[25] CODERCH, *El mercado de las ideas, op. cit.*, pp. 254-255; en ese mismo libro puede encontrarse un extenso análisis de la sentencia, pp. 254-260.

El caso se generó porque L. B. Sullivan había demandado al periódico *The New York Times* por publicar una inserción pagada en la que cuatro clérigos afroamericanos del estado de Alabama criticaban la actuación de las autoridades respecto a algunas manifestaciones en favor de los derechos civiles, varias de ellas encabezadas por Martin Luther King Jr. El señor Sullivan se sentía aludido por la inserción, ya que era el responsable del cuerpo de policía al que se criticaba, y señalaba que varias de las afirmaciones que se hacían eran falsas, como en efecto se demostró que lo eran en el curso del juicio. Sullivan obtuvo de los tribunales de Alabama el derecho a una indemnización por daños en su reputación, profesión, negocio u oficio, pero la Corte Suprema revocó esas sentencias al declarar inconstitucional la ley en la que se basaban, ya que violaba las enmiendas Primera y Decimocuarta y suponía una vulneración de la libertad de expresión.

La sentencia de la Corte fue dictada el 9 de marzo de 1964 bajo la ponencia del *justice* William Brennan y con una votación de nueve a cero.

En la opinión de Brennan, la protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión no depende de la verdad, popularidad o utilidad social de las ideas y creencias manifestadas. Es más, un cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de esa libertad, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate "desinhibido, robusto y abierto", lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidos para dejar a la libertad de expresión aire para que pueda

respirar y sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público pueda demandar a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si era o no falsa.[26]

En la jurisprudencia posterior, la Corte se ha mostrado oscilante acerca de si la doctrina del caso *Sullivan* podía extenderse a particulares, y concretamente a personajes públicos como actores, atletas o personas que, sin ser funcionarios públicos, eran conocidos por la opinión pública. Bajo ciertas circunstancias la Corte ha extendido a estos sujetos la tesis de Sullivan (como por ejemplo en *Curtis Publishing* vs. *Butts* de 1972 o en *Associated Press* vs. *Walker* de 1967), pero en otras no (como en *Gertz* vs. *Robert Welch Inc.* de 1974).

El criterio de Sullivan fue retomado, en varias de sus partes, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens* de 1986.[27]

Conclusión

Como puede ver el lector, *La filosofía del derecho* trata de temas de gran actualidad y que tocan de forma directa aspectos relevantes de nuestras vidas. No se trata de una disciplina que esté alejada de la práctica de los tribunales y del trabajo que cotidiana-

[26] Sobre el concepto de "malicia real", cfr. Luis H. Alén, "La doctrina de la 'actual malice' o real malicia", *Anuario de Derecho a la Comunicación*, núm. 1, Buenos Aires, 2000, pp. 157 y ss.

[27] Coderch, *El mercado de las ideas*, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

mente hacen los abogados. Todo lo contrario: la buena filosofía del derecho ofrece muchas y muy buenas respuestas para los casos reales más complicados que nos ofrece la experiencia jurídica que realmente existe.

Obviamente, en los ensayos que siguen hay muchos otros temas, además de los que fueron reseñados, que sin duda alguna ilustrarán sobradamente lo que acabo de mencionar, dada la fecundidad intelectual y la lucidez académica con que sus brillantes autores los abordan.

Este texto, en virtud de lo señalado, puede ser de gran utilidad para abogados en ejercicio de la profesión, para jueces, para legisladores, para profesores de derecho y ciencias políticas, así como para estudiantes que quieran tener acceso a literatura formativa de alto nivel, que les permita advertir la complejidad de muchos de nuestros más intensos debates contemporáneos. Se trata, sin duda alguna, de una obra que vale la pena recomendar y que merece seguir siendo leída por las generaciones venideras como uno más de los grandes legados de ese gigante del pensamiento filosófico y jurídico que fue Ronald Dworkin.

Ciudad Universitaria-UNAM,
Coyoacán, febrero de 2014

INTRODUCCIÓN

La filosofía del derecho trata de los problemas filosóficos suscitados por la existencia y la práctica de las leyes. Carece, pues, de un núcleo de problemas filosóficos distintos de su categoría específica, como poseen otras ramas de la Filosofía, pero su contenido coincide parcialmente con el de éstas. Dado que los conceptos de culpa, falta, intención y responsabilidad constituyen el meollo del derecho, la filosofía jurídica se nutre de la ética, de la filosofía del entendimiento y de la filosofía de la acción. En la medida en que preocupa a los juristas la noción ideal del derecho y la manera en que éste debería producirse y aplicarse, la filosofía jurídica se nutre también de la filosofía política. Aun el debate sobre la naturaleza del derecho, que ha dominado la filosofía jurídica durante algunas décadas, es, en el fondo, un tema inherente a la filosofía del lenguaje y a la metafísica.

La consecuencia lógica de todo esto es que ninguna selección de artículos puede representar todo el alcance de la filosofía jurídica. Esta recopilación comprende ensayos sobre el concepto del derecho y otros que corresponden a la zona fronteriza entre la filosofía jurídica y la filosofía política. No se incluyen ensayos derivados de la filosofía del entendimiento y de la acción, ni tampoco uno solo que verse sobre la importante institución de la pena, porque muchos de los artículos más prestigiosos escritos por H. L. A. Hart acerca de estos temas se han publicado recientemente en una selección aparte.[1] En lo posible, se han elegido

[1] Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968).

ensayos que provocaron réplicas directas de otros filósofos del derecho. En unos casos se incluyen también esas respuestas; en otros, se alude a ellas en una nota inicial del ensayo. Se han elegido también artículos que hacen dudar de la conocida opinión de que la filosofía del derecho es una disciplina independiente de la práctica forense. Los textos incluidos en esta compilación sugieren que la filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho.

I

El largo debate acerca del concepto del derecho tiene diversas facetas. El derecho existe en tres sentidos diferentes, por lo menos, todos ellos problemáticos. *a)* En primer lugar, tenemos el *derecho* en cuanto tipo distinto y complejo de institución social. Decimos que el "derecho" es una de las más dignas conquistas del hombre, o que es un instrumento por el cual el poderoso oprime al débil, o que es más primitivo en unas sociedades que en otras. *b)* Por otro lado, tenemos las *leyes* o *reglas de derecho,* como distintos tipos de reglas o normas con una índole especial de antecedentes u orígenes. Decimos que el Parlamento aprobó "una ley" que gravaba beneficios de capital, o que el Congreso ha promulgado una serie de "leyes" que ofrecen remedios contra la contaminación, o que los tribunales han elaborado unas "reglas de derecho" sobre la manera de manifestar y aceptar las ofertas de contrato. *c)* Nos encontramos, por último, con *el derecho* como fuente peculiar de la que emanan ciertos derechos, deberes, poderes y relaciones in-

terpersonales. Decimos que "según el derecho" un médico es responsable de los daños que haya causado por negligencia, o que "el derecho dispone" que el propietario tiene la facultad de ceder sus bienes a quien le plazca, o que existe un "principio del derecho" según el cual nadie está autorizado a aprovecharse de su delito. Llamaré "proposiciones de derecho" o jurídicas, a esta clase de proposiciones, para distinguirlas de las referentes al derecho en cuanto institución social y de las que versan sobre leyes o normas legales.

Estas tres nociones del derecho están visiblemente relacionadas, de modo que un problema —o teoría— de índole filosófica sobre una de esas nociones correrá parejo con un problema o teoría acerca de las otras. Es conveniente, sin embargo, distinguir esas diversas ideas y los problemas que de ellas se desprenden.

a) *El derecho como un tipo de institución social.* Entendemos la idea de derecho como institución lo suficientemente bien como para saber que tanto Gran Bretaña como Massachusetts y Uganda tienen un derecho nacional, y para comprender por qué es dudoso que una sociedad primitiva, con instituciones mucho menos complejas, pueda considerarse en posesión de derecho. Pero los juristas y los filósofos no discuten sobre casos dudosos como éstos, sino sobre el problema de si ciertas características presentes en casos jurídicos normales son esenciales, como afirman algunos filósofos, o meramente accidentales, como sostienen otros. Se debate, por ejemplo, la cuestión de si sólo puede existir derecho cuando el pueblo tiene cierta actitud hacia quienes lo gobiernan, y, de ser esto cierto, cuál debe ser esa actitud. Bentham, Austin y sus seguidores manifestaban que existe derecho

siempre que una colectividad ha adquirido el hábito de obediencia a los mandatos de una persona o un grupo no sujeto, de manera análoga, al hábito de obedecer las órdenes de otros. Según esta opinión, lo decisivo aquí es el hábito de obediencia a quienes de hecho detentan el poder, y no los diferentes motivos o actitudes que puedan haber fomentado ese hábito.

Hart es, de un tiempo a esta parte, crítico implacable de esta teoría del mandato; en el ensayo primero ofrece algunas de sus objeciones, y en un libro posterior muchas más.[2] Junto con sus adeptos, argumenta que no existe derecho si todos los ciudadanos o, al menos, el sector de población que administra justicia, no aceptan una norma que confiera a quienes ejercen el poder, la autoridad necesaria para su ejercicio; es decir, deben haber adquirido no sólo el hábito de respetar el poder sino la convicción de que éste es legítimo porque se ejerce de acuerdo con una norma constitucional aceptada por todos. Sin embargo, ni Hart ni otros defensores de esta opinión han aclarado aún suficientemente qué actitudes distinguen un hábito de obediencia de la aceptación de normas constitucionales por el pueblo o por funcionarios subordinados. ¿Es necesario, para poder afirmar que alguien acepta las reglas de un sistema constitucional, que esa persona crea que el sistema es justo o que aceptaría ese mismo sistema si se le diera una auténtica opción? Si es preciso este requisito, resulta siquiera muy dudosa la cuestión de si hubo derecho en la Alemania nazi o si existe derecho actualmente en Sudáfrica; si no es necesario, sigue poco clara la cuestión de por qué un funcionario, que ha adquirido la tendencia a obedecer

[2] HART, *El concepto de Derecho* (Oxford, 1961, traducción española de G. R. Carrió, Buenos Aires, 1963).

por temor los mandatos de un grupo determinado, no acepta, en el recto sentido de esta expresión, la norma constitucional que atribuye a ese grupo autoridad para gobernar; y, admitido esto, la diferencia entre la teoría de la norma y la del mandato se habrá reducido considerablemente.

En debates recientes, se ha destacado una segunda polémica relacionada con la antes descrita. ¿Es necesario, para que un sistema de gobierno dado pueda considerarse derecho, que el régimen observe ciertas normas procesales de moralidad, o que las normas que se impone tengan un cierto contenido moral? Hart advierte, en el primer ensayo, cuánta cautela hace falta para desentrañar este tema de otros que a menudo van unidos bajo la rúbrica "Derecho y Moral"; arguye que la afirmación de que el derecho debe tener un mínimo contenido moral es verdadera, pero reviste mucho menos interés del que se le atribuye en numerosos tratados de filosofía moral.

Resulta tentador pensar que estas disputas sobre la idea de derecho, como forma de organización social, son meramente lingüísticas; pero tal aserto sería equivocado. Con este sentido del concepto de derecho se componen diversas modalidades de principios legales y de actitudes políticas, pero importa mucho entender hasta qué punto esa noción presupone nuevos principios de legitimidad y moralidad. Los casos de delatores nazis expuestos en el primer ensayo son un ejemplo de esto. Otro lo ofrecen las enmiendas 5ª y 14ª a la Constitución de los Estados Unidos, que ordenan a los gobiernos de los estados y al gobierno federal observar el "debido procedimiento legal" *(due process of law)*. Cabe plantear cuestiones similares en otros sentidos y en otras instituciones; por ejemplo, en los tribunales llamados a decidir si, cuan-

do un nuevo gobierno sucede al antiguo por revolución, los jueces están obligados a aplicar los decretos del nuevo gobierno como legítimos.

b) *Leyes.* La noción de ley o norma jurídica como una clase determinada de norma presupone la idea de derecho como institución social, porque sólo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución pueden ser verdaderas leyes. Cualquier teoría sobre el derecho como institución es probable que incluya o sugiera una teoría sobre la esencia de las leyes. Cuando Austin, por ejemplo, pensó que existe derecho si una colectividad obedece habitualmente los mandatos generales de una persona o un grupo, pensaba también que son leyes precisamente esos mandatos. Una teoría acerca de las proposiciones de derecho debe incluir o sugerir también alguna teoría de la ley, porque sostendrá varias opiniones sobre el sentido en que aparecen referencias a las leyes en las condiciones de validez de las proposiciones de derecho. Recientemente, empero, las leyes han pasado a ser objeto de una disciplina independiente distinta de estos temas más generales acerca del derecho y las proposiciones de derecho: el estudio de su naturaleza y estructura lógicas.

Hart, entre otros, razona que las normas jurídicas pertenecen a diversas categorías lógicas que tienen funciones legales y sociales diferentes. Distingue entre normas primarias, destinadas a regir la conducta de individuos y personas jurídicas, y normas secundarias, que versan sobre el procedimiento de creación o aprobación de las normas primarias. Distingue también las normas que imponen deberes, como la que ordena el pago de impuestos sobre los beneficios de capital, de aquellas otras que confieren poderes y

que, como las que permiten a las personas celebrar contratos, no imponen deberes sino que sencillamente otorgan medios a determinados individuos, dándoles la opción de usarlos o prescindir de ellos.[3] En su primer ensayo muestra cómo puede utilizarse esta última distinción para criticar ciertas teorías sobre el derecho como institución y acerca de las proposiciones de derecho, que no dan ninguna importancia a las normas concedentes de poderes. El doctor Raz, en un libro reciente, ofrece un análisis más complejo.[4]

Tradicionalmente, los juristas suponen la existencia de leyes en unos sistemas legales que llaman ordenamiento jurídico y dan por sentado que cada organización social autónoma en posesión de derecho tiene un ordenamiento jurídico distinto. Sin embargo, hay muchos puntos oscuros en esa idea. Raz, entre otros, nos ha hecho parar mientes en una variedad de problemas.[5] ¿Pueden los principios ser leyes y formar parte de un sistema legal? ¿Cómo deslindar dónde termina un sistema legal y empieza otro? ¿Cómo es posible determinar que Francia y Gran Bretaña tienen sistemas legales diferentes, y que no comparten un mismo sistema legal con leyes de diversa aplicación territorial? ¿Cómo se puede distinguir una legislación de otra? ¿Cómo se sabe que una ley determinada pertenece a un sistema legal y no a otro? ¿Cómo conocer cuántas leyes se suman al ordenamiento jurídico al incluirse en él un cuerpo legislativo complejo, como el *Internal Revenue Code* o la *Finance Act,* o cuántas leyes contiene un ordenamiento en un momento dado?

[3] *Idem.*

[4] RAZ, *Practical Reason and Norms* (Hutchinson, 1975), en especial cap. 3.

[5] RAZ, *The Concept of a Legal System* (Oxford, 1970).

Cuestiones como éstas nos obligan a reflexionar más cuidadosamente sobre la esencia de las leyes. ¿Se caracteriza la ley por una formulación verbal preestablecida, como las palabras reglamentarias con las que se promulga, o las que usa un tribunal para formular una nueva norma de *common law,* o las que estipula la costumbre como forma tradicional de una norma consuetudinaria? ¿O se define la ley por las relaciones jurídicas interpersonales que establece, o sea, por unas proposiciones jurídicas que son válidas en virtud de la existencia de la misma ley? Las respuestas que demos a tales problemas serán diferentes según cuál de esas dos caracterizaciones aceptemos. En el supuesto de que la ley se defina por su forma verbal regular, el número de leyes en un cuerpo legal determinado, o en el sistema legal en su conjunto, dependerá de alguna teoría lingüística sobre oraciones elementales. Si la ley se define por las proposiciones jurídicas a las que da validez, entonces, toda vez que la misma información sobre derechos y deberes legales puede expresarse por cualquier número de proposiciones jurídicas de diversos grados de generalidad, la cuestión de cuántas leyes están contenidas en un cuerpo normativo dado, o en un sistema legal, parece quedar sin respuesta.

c) *Proposiciones jurídicas.* Los juristas utilizan proposiciones jurídicas para describir o declarar ciertas relaciones, en especial de derechos y deberes, dentro de la institución del derecho, y cuando discrepan sobre estas relaciones discuten la validez de tales proposiciones. Polemizan, por ejemplo, sobre si el derecho, rectamente interpretado, concede a alguien la facultad de ser indemnizado por el perjuicio económico que sufra a causa del daño inferido a otra persona. Los juristas tienen dificultad, empero, en señalar lo

que en términos generales significantes proposiciones o —en otras palabras— en qué circunstancias son verdaderas o falsas. Existen varias teorías sobre el particular.

Un grupo de juristas académicos, componentes de la tendencia que ellos mismos llamaron realismo jurídico,* sostenían que el significado de tales proposiciones depende de su contexto. Si un jurista o autor de un libro de texto expresa una proposición jurídica, lo único que hace es sencillamente predecir lo que los funcionarios judiciales, y especialmente los tribunales de justicia, harán en determinados casos concretos. Si dice, por ejemplo, que la ley ofrece un remedio contra la contaminación, estará pronosticando que los tribunales condenarán al causante de esa contaminación a indemnizar por daños y perjuicios, o que despacharán contra él un mandato judicial, si una persona perjudicada así lo solicita. Si su pronóstico resulta cierto, lo que ese autor dijo era verdadero; si no, es que era falso. Naturalmente, si un juez o cualquier otro funcionario judicial alega una proposición jurídica en justificación de su decisión, no se podrá entender que la haya pronosticado, sino más bien que ha expresado su aprobación sobre el estado de cosas en que los funcionarios deciden del mismo modo que él. En ese contexto, una proposición jurídica no es verdadera ni falsa, por cuanto sólo constituye la expresión de una opinión política o moral.

Esta respuesta a la cuestión de lo que significan las proposiciones de derecho es bastante sencilla, pero

* Se alude aquí a la escuela encabezada por el juez norteamericano Oliver W. Holmes (1841-1935), en cuyas ideas, expuestas en este párrafo, reconocen un precedente tanto los partidarios de la "jurisprudencia sociológica" como los del "realismo jurídico". [N. del T.]

no puede aceptarse como una explicación válida del modo en que los juristas y jueces usan tales proposiciones. Cuando un abogado advierte a su cliente que la ley grava los beneficios de capital, no está prediciendo en absoluto, o cuando menos no solamente, lo que decidirá el tribunal fiscal, sino expresando su opinión de que lo justo sería que el tribunal llegara a esa decisión. Cuando un juez afirma que la ley concede resarcimiento del daño económico, estando a punto de ordenar la reparación de tal daño, se propone aducir una justificación de su decisión, y no sólo decir, redundantemente, que la aprueba. La postura del realismo jurídico no tiene actualmente muchos defensores.

En el segundo ensayo, describo y critico una respuesta diferente y más persuasiva que llamo teoría positivista, y que Hart comparte con Austin y con otro filósofo contemporáneo influyente: Hans Kelsen. Conforme a esta teoría, las proposiciones jurídicas son verdaderas cuando describen correctamente el contenido de leyes o normas jurídicas; si no, son falsas. Esta teoría presupone, desde luego, otra teoría sobre la esencia y la vigencia de las leyes. Austin, Hart y Kelsen ofrecieron teorías diferentes acerca de las leyes, pero sus polémicas, insertas en controversias más genéricas sobre la naturaleza del derecho como institución social, son independientes de la teoría, que los tres comparten, de que las proposiciones jurídicas son proposiciones sobre leyes.

En el segundo ensayo se expone una objeción a esa teoría. Se argumenta que, en algunos casos raros, abogados y jueces sostienen proposiciones jurídicas que son polémicas porque no aluden a reglas de derecho, cuya existencia es materia de sanción institucional, sino a principios cuyo contenido e importancia son con frecuencia objeto de controversia. Las proposiciones

jurídicas polémicas nunca podrán ser legítimas en virtud de la existencia de las leyes que invocan. Si una proposición jurídica se discute seriamente entre juristas razonables, después de conocer todos los precedentes históricos de la actuación de jueces y tribunales al respecto, se podrá concluir, con toda seguridad, que no se ha promulgado o adoptado ninguna ley en cuya sola virtud pueda reputarse legítima esa proposición jurídica. Las proposiciones jurídicas polémicas son, pues, materia desconcertante para el positivista. Éste debe argumentar o que todas las proposiciones semejantes son sencillamente falsas, aunque los juristas las hagan valer constantemente —lo cual parece avieso—, o bien que, al fin y al cabo, no son proposiciones jurídicas genuinas y no hay necesidad, por tanto, de explicarlas por esta teoría.

La segunda afirmación de la disyuntiva parece más plausible. Si el positivista admite esa idea, debe proporcionar otra teoría, sobre la función de las proposiciones jurídicas polémicas, que demuestre por qué éstas no son simplemente proposiciones jurídicas polémicas, sino proposiciones de muy diversa índole; se valdrá para ello de la doctrina de la discrecionalidad judicial. Razonará, pues, que en los países regidos por el *common law* los jueces tienen dos potestades relevantes, además de la potestad de decidir qué proposiciones jurídicas son legítimas. Poseen lo que el positivista llama discrecionalidad o arbitrio, para decidir en favor de una u otra parte en un pleito, si creen que alguna razón política o de justicia lo exige, aunque a esa parte no le corresponda ningún derecho a salir vencedora según la ley. Tienen también, cuando llegan a esa decisión, la potestad de promulgar una ley que establezca ese derecho para los tiempos venideros. El positivista sostiene, por tanto, que las proposiciones

polémicas difieren de las proposiciones jurídicas ordinarias en que no son remisiones a normas legales, sino, en boca de los jueces, verdaderas leyes.

En el segundo ensayo critico esta doctrina de la discrecionalidad. Es importante notar un aspecto que no he hecho resaltar suficientemente en mi exposición. La teoría positivista de la discrecionalidad es *consecuencia* de la teoría positivista más general de las proposiciones jurídicas, y no un *argumento* a favor de esa teoría. Dicha teoría admite, mejor que defenderla, la teoría más general de que las proposiciones jurídicas polémicas no pueden ser válidas en sentido estricto. Supongamos que un abogado alegase que su cliente, el demandante, tiene derecho a ser indemnizado por daño económico, y que el abogado del demandado disintiera. Si no existiera ninguna norma legal que zanjara la cuestión, con arreglo a la doctrina de la discrecionalidad el juez debería optar por la promulgación de una nueva norma tuteladora de ese derecho, y resolver entonces el caso en litigio como si existiera ya dicho derecho. Pero la teoría positivista razona en esta materia que, si no preexiste esa norma, la proposición del demandante de que ya posee tal derecho no puede ser legítima. Si la proposición del demandante fuese verdadera, el juez tendría, naturalmente, el deber de fallar a su favor, y no se suscitaría ninguna cuestión de discrecionalidad o de nueva legislación retroactiva. La teoría de discrecionalidad o arbitrio judicial presupone, por consiguiente, la positivista más general sobre las proposiciones jurídicas, y no puede utilizarse para demostrar por qué puedan desestimarse ejemplos que parecen contradecir esa teoría general.

El positivista necesita, por tanto, otro argumento para probar por qué las proposiciones jurídicas polé-

micas no son genuinas y, por ende, cabe desestimarlas. Puede tratar de buscar tal argumento en una cierta teoría filosófica sobre el concepto de derechos y deberes. Según esta teoría, los derechos y deberes existen sólo en virtud de algún orden de normas comúnmente aceptadas, ora normas sociales, en el caso de derechos y deberes morales, ora normas legales, en el de derechos y deberes jurídicos. Naturalmente, si esta teoría es válida, toda proposición jurídica sería falsa tomada por su "valor nominal", o sea, por su afirmación de los derechos y deberes a que parece hacer referencia, y eso sería razón suficiente para no aceptarla por dicho valor.

Esta teoría de los derechos y deberes es tan importante para la ética como para la filosofía política y legal, y la han defendido no sólo partidarios del positivismo jurídico, sino otros filósofos cuyo interés primordial no es el derecho. Con todo, los fundamentos de esta teoría no son menos oscuros.[6] No sirve únicamente para explicar el comportamiento de quienes discuten sobre derechos y deberes en los ámbitos de la moral y la política. Los abolicionistas alegaban que a los esclavos les correspondía el derecho a la libertad, y que los propietarios de esclavos tenían el deber de concedérsela, cuando no existía ninguna norma social o legal al efecto, Hoy día, grupos de partidarios de los derechos civiles, del pacifismo, del vegetarianismo y de la liberación de la mujer aducen argumentaciones análogas. La teoría normativa de los derechos y deberes implica que esos grupos han cometido un error filosófico; pero ¿cuál es ese error, y por qué es un error?

[6] Véase DWORKIN, "Social Rules and Legal Theory", en *Yale Law Journal*, núm. 81 (1972), p. 855.

Los positivistas no dirán que este error consiste en suponer que puedan existir entes inmateriales, como los derechos. Ciertos adeptos del realismo jurídico creían, al parecer, que sólo pueden existir entes físicos, y se valían de ese pretendido dogma metafísico para negar la posibilidad de objetos tales como derechos y deberes legales y reglas de derecho. El positivista, en cambio, toda vez que cree en la existencia de normas, y de derechos y deberes dispuestos en normas, no puede recurrir a un craso materialismo para apoyar su opinión de que los derechos y deberes no pueden existir de otro modo.

Creo que muchos positivistas se apoyan, de manera más o menos consciente, en una teoría antirrealista[7] del significado. Piensan que no puede atribuirse ningún sentido a una proposición si todos los que la utilizan no están conformes sobre cómo la proposición podría, al menos teóricamente, probarse de manera concluyente. A tenor del positivismo, los juristas se hallan de acuerdo acerca de cómo puede probarse o negarse la existencia de una ley o norma legal y están, por ende, conformes sobre las condiciones de validez de las proposiciones jurídicas ordinarias que hacen valer derechos y deberes establecidos por normas; las proposiciones jurídicas polémicas, que aseveran derechos no apoyados al parecer en normas, son otra cuestión; pero, dado que no existe unanimidad sobre las condiciones que, una vez probadas, pueden servir para demostrar la validez de tales proposiciones, no se puede atribuir a éstas ningún sentido inmediato y

[7] Utilizo el término "antirrealista" en la acepción empleada en filosofía del lenguaje, y no para describir una postura contraria al realismo jurídico. Sobre un debate reciente a propósito del antirrealismo, véase DUMMETT, *Frege: Philosophy of Language* (Londres, 1973).

deben, pues, entenderse en algún sentido especial, si cabe.

De este modo, un tema principal y crítico de la filosofía del derecho constituye también una cuestión principal y crítica en la filosofía del significado. La postura antirrealista se ha defendido en disciplinas particulares, concretamente en la matemática, pero también como posición general. La práctica de muchas empresas parece, sin embargo, poner en tela de juicio esa posición general. Los científicos suponen que las teorías pueden conservar su validez aun cuando no sea posible demostrarlas a quienes no aceptan el esquema general de conceptos en que están delineadas. Los historiadores conjeturan que una explicación de acontecimientos puede ser más perfecta que otra aunque no se haya convenido ningún método para probar la superioridad de unas tesis históricas sobre otras. Los críticos literarios hacen la misma clase de conjeturas al decidir entre diversas interpretaciones de una novela o una obra teatral, y los académicos, incluidos los filósofos, las hacen también cuando califican ensayos u otorgan premios. Puesto que el positivista no aduce ninguna razón por la que la postura antirrealista tenga especial vigor en el derecho, parece suponer que esa postura debe ser correcta, aunque mal interpretada en la práctica, en todas esas actividades.

No cabe una réplica contundente a la teoría positivista antirrealista del significado en derecho, a no ser que se produzca una teoría sobre proposiciones jurídicas, sustitutiva de la existente, que asigne a las proposiciones de derecho polémicas un sentido comparable al que atribuyen a las proposiciones polémicas científicas, históricas, literarias y de concursos académicos quienes hacen uso de ellas; dicha teoría

debe, al menos, demostrar que el desacuerdo sobre tales proposiciones puede parecer genuino a los juristas y no, como afirmaría la tesis antirrealista, ilusorio. En un artículo reciente, que aún no ha sido puesto en tela de juicio por ninguna reacción de la crítica, se describe una teoría del fallo que entraña esa consecuencia.[8] De acuerdo con dicha teoría, resumida *grosso modo,* las proposiciones jurídicas polémicas sólo son válidas si la teoría política que da justificación óptima a proposiciones jurídicas no polémicas sostiene también los derechos y deberes a que hace referencia la proposición polémica. Juristas prudentes discreparán sobre cuál de dos teorías políticas contendientes ofrece mejor justificación a proposiciones jurídicas incontrovertibles, y no es posible encontrar una piedra de toque que sirva para resolver tal desacuerdo. Ese hecho explica el carácter problemático de las proposiciones polémicas; pero da también un principio de explicación al problema de cómo el desacuerdo sobre tales proposiciones puede ser legítimo desacuerdo; ciertamente, demuestra que puede ser tan legítimo como el desacuerdo en materia científica, histórica o de crítica literaria que acabo de mencionar. Esta teoría de las proposiciones jurídicas sólo es, por tanto, vulnerable a críticas antirrealistas tan generales como para incluir estas actividades en la misma órbita que el derecho. Queda por ver si tales críticas generales pueden admitirse o refutarse.

[8] Véase DWORKIN, "Hard Cases" (Causas difíciles), en *Harvard Law Review,* núm. 88 (1975) p. 1057.

II

a) *La exigencia de acatamiento a la moral.* Los filósofos del derecho se preocupan no sólo del derecho tal cual es, sino también tal cual debería ser. Esta inquietud tendrá, naturalmente, contenido diferente en las diversas épocas, porque se suscitará cuando el ordenamiento vigente o algún proyecto de ley les parezca injusto. Uno de los más encendidos debates de la filosofía jurídica moderna, por ejemplo, fue provocado por la recomendación, formulada por una comisión de reforma legal, de que se suavizara un tanto el rigor de la legislación contra la homosexualidad. En el ensayo III, Sir Patrick Devlin, juez eminente que posteriormente recibió el título de Lord, desaprueba el razonamiento, aunque no necesariamente la sustancia, de esa recomendación. La comisión argumentó que el derecho penal debería, por principio, respetar la teoría liberal de John Stuart Mill a tenor de la cual la única razón para limitar la libertad de una persona es la probabilidad de que ésta, con su actuación, cause un daño a otras personas. En ningún caso basta, según Mill, que el acto perjudique al agente o que sea inmoral. Devlin objeta que el derecho ni respeta ni tiene por qué respetar esa limitación de su imperio. En el ensayo IV se contiene una réplica de Hart a este aserto. Hart admite que el derecho podría a veces justamente proteger a un hombre de sí mismo, y en tal sentido concede que el principio de Mill es demasiado tajante; pero niega que sea correcto siempre prohibir un acto que no perjudica ni a otros ni al agente, por el mero hecho de que la colectividad lo considera inmoral.

Los liberales encuentran plausible la doctrina de Mill porque respalda su opinión de que es censurable

que el derecho castigue la conducta sexual desviada, o que prohíba libros o piezas teatrales obscenas, o que postule ciertas observancias religiosas; pero la apoya sólo en el supuesto de que no se cause ningún "daño" a otros si se permite a las personas obrar a su albedrío en materia de sexualidad, literatura o religión. Desde luego, tal condición se presta a controversia. El argumento de Devlin de que la sociedad se vendría abajo en pedazos sin una conformidad en estas materias es seguramente erróneo, pero la implantación de nuevas prácticas sexuales o religiosas en una colectividad tendría consecuencias sociales de gran alcance que alterarían el medio ambiente colectivo, y quienes lamentaran ese cambio supondrían ciertamente haber sufrido un perjuicio.

No es fácil, empero, ofrecer una definición de daño que excluya esas consecuencias sociales generales y no estorbe, sin embargo, en virtud del principio de Mill, muchas leyes sociales que los liberales estiman convenientes. Muchos liberales sostienen, por ejemplo, que deberían suprimirse las escuelas privadas, porque las divisiones sociales fomentadas por éstas perjudican a la sociedad en general; pero ¿es coherente esa justificación con el principio de Mill? Si decimos que el daño, en el sentido de ese principio, se reduce al perjuicio indiscutible causado a particulares, el principio de Mill no autoriza la abolición de las escuelas privadas; pero si adoptamos una definición tan amplia del daño, que puedan considerarse como tal, a tenor de ésta, las consecuencias sociales de permitir una enseñanza elitista, podrán conceptuarse también como daño las consecuencias sociales de autorizar el desenfreno sexual. Y en tal caso, el principio de Mill no sería ya un principio constitucional que prohibiera a la administración pública decidir restricciones con-

cretas de la libertad conducentes a consecuencias oportunas, sino más bien una invitación a aquélla a ponderar la cuestión.

Lo que pone esa dificultad al principio de Mill no es sólo una legislación extremadamente igualitaria, como las leyes que prohíben la enseñanza privada. Muchas leyes económicas son defendidas, no porque eviten perjuicios directos a ciertos particulares, sino porque crean un medio económico favorable a la prosperidad colectiva. Por ejemplo, las leyes prohibitivas del *trust* y las que limitan la producción o el desarrollo de recursos escasos son defendidas frecuentemente de este modo. A menudo, se defienden con argumentos similares diversas formas de legislación social, entre ellas las leyes perfeccionistas de las relaciones raciales, mientras que ciertas disposiciones estéticas, como las que prohíben a los propietarios de edificios de interés histórico destruirlos o alterarlos, son justificadas porque protegen el medio y la cultura de la colectividad y no porque eviten daños directos a particulares.

A los posibles defensores de la postura de Hart opuesta a la de Devlin les falta, pues, demostrar por qué la doctrina de Mill, o alguna otra análoga sobre la libertad, condena las leyes que se oponen a la inmoralidad, pero no todas ellas. Quizá sea conveniente abandonar el intento de distinguir entre los actos que causan daño y los que no, y establecer, en cambio, una distinción entre libertades fundamentales, que sólo deben limitarse para evitar daños directos y graves a particulares, y libertad genérica, que puede restringirse, y así se hace con frecuencia, simplemente para conseguir un resultado que —se piensa— implica algún aumento del bienestar general. Hay cierta base en el texto de Mill para argumentar que tuvo en cuenta

esa opinión; de hecho, se ha defendido desde entonces el concepto de libertades fundamentales, y John Rawls[9] ha sido su defensor más notable. No obstante, si prospera tal planteamiento, falta demostrar por qué la libertad que una persona tiene de elegir pareja para la actividad sexual y de leer lo que le plazca es una libertad fundamental, y no lo es la de administrar sus negocios o usar su patrimonio como desee.

b) *Resistencia pasiva.* Los filósofos del derecho se han visto enzarzados en otra controversia política mucho más intensa. ¿En qué circunstancias la moral autoriza a una persona a infringir el derecho de su país, y cómo habrían de reaccionar los funcionarios de justicia en tales casos? Son muchos los autores que se han interesado por el estudio de las siguientes distinciones. En ciertos casos, se infringe una ley creyendo que sería inmoral cumplir lo que ordena u omitir lo que prohíbe. Los pacifistas, como también quienes creen que una guerra determinada es inmoral se niegan a cumplir las leyes de reclutamiento; basándose en ese mismo argumento, los abolicionistas negaron el acatamiento a las leyes sobre esclavos fugitivos.

En otros casos, se quebranta una ley, no porque lo que esa ley ordena sea inmoral, sino como protesta contra otra ley o contra alguna medida política que se juzga injusta. Grupos antibelicistas y defensores de los derechos civiles violaron con frecuencia las leyes de inmigración clandestina, a cuyo cumplimiento no se consideraban obligados, a fin de protestar contra la guerra o la discriminación racial. En otras ocasiones, determinadas personas infringen leyes que, a su juicio, lesionan injustamente sus intereses fundamen-

[9] Véase RAWLS, *Teoría de la justicia* (FCE, 1979).

tales, no tanto para llamar la atención sobre la injusticia que experimentan como para ejercer presión política en orden a una reforma legislativa. Las huelgas ilegales de autoridades municipales, o las manifestaciones de protesta en que la multitud intercepta los accesos a un nuevo aeropuerto, son ejemplos de lo expuesto. En algunos de estos casos, los descontentos pretenden una reforma limitada de una legislación que aprueban en términos generales; en otros sus propósitos son más amplios y, a veces, abarcan la destrucción del gobierno, o incluso de la forma de gobierno, responsable de la ley impugnada. En unas ocasiones, los infractores están dispuestos a ser castigados por sus desmanes, o incluso lo desean; en otras, se hallan decididos a no aceptar el castigo e intentan evadirlo.

Ciertos filósofos han elaborado teorías sobre cómo estos caracteres diferenciales de los diversos casos afectan a la cuestión implícita de cuándo está justificada, o es incluso exigible, la violación deliberada del derecho. Importa darse cuenta de que esa cuestión implícita puede plantearse desde dos puntos de vista diferentes: el del presunto infractor, que cree que la ley o medida política contra la cual protesta es injusta, y el del funcionario judicial, que generalmente cree que es justa. Ambos deben tener en cuenta que sus opiniones sobre la justicia o injusticia de la ley o medida política son polémicas y susceptibles de ser discutidas por otros. Sus respuestas dependerán, entre otras cosas, de si tienen una opinión objetivista o subjetivista sobre la moralidad política. Si piensan que la moralidad es una simple cuestión de gustos, sin fundamento en ninguna realidad objetiva, el disidente debe preguntar si está autorizado a quebrantar la ley, y el funcionario, si tiene derecho a entablar juicio,

por una mera divergencia de inclinaciones. Si creen que la moralidad política es objetiva, las consecuencias son más complejas. Sin duda, pensarán que sus opiniones sobre la justicia son más imperiosas y exigentes si son objetivas; pero deben admitir también que, si la moralidad es objetiva, cualquier opinión, incluso la suya, de lo que exige la moral, puede ser errónea.

En el ensayo v, John Rawls expone el problema de la resistencia pasiva desde el punto de vista del presunto disidente que cree que la sociedad a que pertenece es en conjunto justa (o, en frase de Rawls, "casi justa"), pero que una actuación o decisión concreta es muy injusta. Puesto que Rawls expresa el valor genérico que tiene para la comunidad la tolerancia de la resistencia pasiva en estas circunstancias, habla también desde el punto de vista de los funcionarios que deben estar interesados en conseguir esta clase de beneficios. Rawls sostiene que todo miembro de una comunidad justa está obligado a decidir si determinadas decisiones ofenden la concepción fundamental de la justicia que comparte la comunidad, y que tiene, por tanto, un deber de resistencia pasiva, en ciertas circunstancias, cuando cree que se han violado esos principios. El poder público, al reaccionar, ha de reconocer que el hombre o la mujer que desobedece a la ley, en las circunstancias y por las razones que expone Rawls, está desempeñando el papel que le corresponde como ciudadano cabal de una sociedad bien ordenada.

En los países con estructura judicial como la de Gran Bretaña o los Estados Unidos, la reacción del poder público se halla en manos del fiscal, que tiene cierto grado de discrecionalidad para decidir si debe procesar a los infractores de la ley, y del juez, a cuyo prudente arbitrio se deja, dentro de ciertos límites, la graduación de la pena de los declarados culpables.

¿Cómo debe ejercerse ese prudente arbitrio? Si hemos de dar por válida la opinión de Rawls, fiscales y jueces deben tener en cuenta los móviles de los infractores políticos, si dichos móviles demuestran que estos infractores están desempeñando en la sociedad el papel que sus conciudadanos esperan que representen; pero han de tomar en consideración también los derechos concurrentes de otras personas, susceptibles de ser negados por el disidente. Su reacción frente a los disidentes antibelicistas, que no acuden a la citación de reclutamiento, será diferente de la que mostraría frente a los disidentes contrarios a los derechos civiles, que niegan a los negros el acceso a la enseñanza primaria, si la administración pública estima que este segundo grupo, pero no el primero, frustra importantes derechos de quienes tienen un derecho preferente a la atención del sector público.[10]

c) *Aborto y libertad de expresión.* El último grupo de ensayos versa sobre temas de filosofía política que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha tenido que considerar últimamente, si bien en ellos se examinan principios generales, y no causas judiciales concretas. En el ensayo VI, Judith Thomson distingue tres cuestiones: ¿Es persona el hijo concebido y no nacido? Si lo es, ¿tiene el mismo derecho a la vida que un niño ya nacido? En caso afirmativo, ¿es siempre censurable dar fin a la vida de un hijo concebido y no nacido o *nasciturus,* para mejorar el bienestar de la madre? Muchos de los primeros debates sobre el aborto versaron acerca de las dos primeras cuestiones expuestas. Thomson ofrece un argumento ingenioso —ya célebre— llamado a demostrar que, aunque se

[10] Véase DWORKIN, "On Not Prosecuting Civil Disobedience", en *New York Review of Books* (6 junio 1968).

conteste afirmativamente a las dos primeras cuestiones, no es necesario responder del mismo modo a la tercera. Arguye que el derecho a la vida generalmente otorgado al nacido no incluye el derecho a que otras personas, no especialmente responsables de su vida, se ocupen de proporcionarle los medios pertinentes aun a costa de sufrir graves molestias personales.

La réplica de John Finnis es valiosa, no sólo porque defiende la opinión contraria acerca del aborto, sino porque sostiene que es absurdo e inútil orientar el debate acerca del aborto como si versara sobre derechos en juego. Finnis cree que el aborto es inadmisible, pero no porque el equilibrio de derechos lo contradiga, sino porque, en cualquier circunstancia, los actos de privación de la vida, incluso el suicidio, niegan el valor fundamental de la existencia y son, por tanto, delictivos con total independencia de cualquier teoría de derechos. La consecuencia a la que llega este autor reviste gran importancia, porque pone en tela de juicio ciertas hipótesis muy extendidas sobre la necesidad de justificar cualquier limitación de la libertad.

Una teoría política coherente, como la que cabría esgrimir para justificar el derecho de una colectividad en su conjunto, debe estar firmemente basada en alguna idea sobre el bien común de los ciudadanos, o en un concepto de sus derechos político-sociales, o en alguna teoría de sus deberes morales.[11] Cualquier teoría política hará uso, naturalmente, de alguna de esas ideas; pero ordenará los fines colectivos, los derechos individuales y los deberes individuales agrupando en un conjunto unitario los elementos funda-

[11] Véase una elaboración de estas distinciones en DWORKIN, "The Original Position", en *University of Chicago Law Review*, núm. 40 (1973) p. 500.

mentales y los accesorios. Razonará, por ejemplo, que los ciudadanos han de tener ciertos deberes, porque éstos son necesarios para proteger los derechos de otros o conseguir una meta colectiva, o afirmará que han de tener ciertos derechos, o perseguir determinados objetivos comunitarios, porque lo necesitan para cumplir sus deberes básicos. La mayoría de los filósofos del derecho que se reputan liberales suponen que los derechos individuales o los fines colectivos, o el conjunto de ambos, han de tener una importancia fundamental en cualquier justificación de la legislación penal, pero rechazan como no liberal la idea de que los deberes hayan de ser considerados fundamentales. Incluso Devlin, que podría haber basado su argumento sobre la validez de la moral en un deber fundamental, no lo hizo así, y afirmó, en cambio, que los fines ligados a la cohesión social requerían la aplicación obligatoria de la ley moral. La teoría de Finnis basada en la idea del deber radica en una peculiar concepción de la ley natural y es, por tanto, excepcional.

En el último ensayo, Thomas Scanlon examina la base filosófica del derecho a la libertad de expresión, que en las democracias se estima de fundamental importancia. Su ensayo ilustra el valor de ese tema filosófico para la práctica forense. La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos tutela la libertad de expresión, pero no estipula ninguna concepción determinada de lo que esa libertad implica en casos concretos, o de cuándo debe ceder ante otros derechos o intereses. No obstante, conviene responder de vez en cuando a estas cuestiones en los litigios constitucionales, si bien, por dos razones, no puede contestarse a ellas más que justificando, a base de principios jurídicos, la protección constitucional de la libertad de expresión. En primer lugar, como aclara

Scanlon, la justificación en la que un jurisconsulto basa su derecho determina la expresión precisa del derecho que defiende. En segundo lugar, dicha justificación determinará si, a su juicio, ese derecho prevalece sobre otros derechos o intereses. ¿Compromete la libertad de expresión de un ciudadano una ley que limite el desembolso de dinero en favor de un candidato, por parte de ese ciudadano, en unas elecciones? En caso afirmativo, ¿se justifica ese compromiso por consideraciones opuestas de lealtad electiva? ¿Son los libros obscenos un medio de expresión? Si lo son, ¿se justifica la censura por intereses contrapuestos de buen gusto o moralidad pública? ¿Se incluye el lenguaje difamatorio en la esfera de protección de este derecho?

Nadie puede responder a estas preguntas sin una teoría aprendida sobre la libertad de expresión, y será diferente la respuesta de quien acepte una teoría basada en los fines, como la teoría según la cual el derecho a la libre expresión del pensamiento tiene por objeto conseguir que la democracia funcione mejor en todas partes, de la del partidario de la teoría basada en el derecho de los ciudadanos a oír lo que cualquiera desee decir, o a hacer oír a otros lo que quieran decir ellos mismos. La teoría de Scanlon sobre la libertad de expresión es original y, por añadidura, importante. Cree Scanlon que esta libertad tiene diversos aspectos, y que en la justificación de los distintos derechos que se consideran tutelados por dicha primera enmienda deben figurar tanto consideraciones basadas en los fines como de otra índole; pero toma por elemento central de toda su serie de derechos lo que llama el principio de Mill, que prohíbe al poder público restringir la libertad de expresión en razón de que el pueblo pueda salir perjudicado o se le pueda

incitar a actos lesivos si se le hacen creer determinadas afirmaciones. Rechaza cualquier justificación de este principio dominante basada en los fines o en las consecuencias; no lo defiende, sin embargo, suponiendo que los ciudadanos tienen un derecho genérico a la información que necesitan para desempeñar su papel en el proceso democrático. (Ese presunto derecho justificaría un principio mucho más amplio que el de Mill, que no requiere al poder público que suministre información, sino sólo le prohíbe valerse de ciertos motivos para evitar que otros lo hagan.) En cambio, justifica el principio de Mill suponiendo que quedaría comprometida la autonomía de un ciudadano si el poder público le impidiera tomar decisiones acerca de lo que debe creer y lo que debe hacer.

Pero esta concepción de la autonomía, como el supuesto derecho a la información, busca la justificación de la libertad de expresión en los derechos de quienes desean oír lo que el orador, si nadie se lo impide, va a decir. Esto podrá inquietar a los lectores que crean que el derecho de libre expresión pertenece, al fin y al cabo, al orador y no al auditorio. Scanlon corrobora esa inquietud cuando señala que el auditorio podría negarse, de consuno y temporalmente, a oír unas opiniones que le son detestables, sancionando así excepciones al principio. Su argumento sugiere, además, que podría estar justificada la decisión del poder público (aun sin este consentimiento improbable) de limitar la expresión verbal que no añada nuevas razones de creencia o de conducta a las ya existentes. Supongamos que un orador no desea exponer nuevos argumentos o fundamentos en apoyo de su opinión, sino simplemente atestiguar que, como muchos otros, sostiene esa opinión; ése es, de hecho, el motivo de muchos protestadores. El argumento de

Scanlon deja entrever que su tesis no queda comprendida en el principio capital de Mill.

¿Puede justificarse ese principio, u otro similar, suponiendo un derecho fundamental del orador más que del auditorio? Hemos aludido, al exponer el debate entre Hart y Devlin, a una idea de las libertades tan elemental que, según ella, el poder público no tiene derecho a comprometerlas simplemente advirtiendo que su ejercicio puede ocasionar algún daño indirecto, genérico o discutible. Parece razonable la creencia de que, si existen tales libertades básicas, entre ellas figura el derecho a expresar convicciones políticas, morales o religiosas, y que cualquier daño que pueda derivarse de su aceptación por otros será ordinariamente indirecto, genérico y discutible.

Si pudiera aducirse tal justificación, cabría encontrar en ella una explicación directa de ciertas excepciones al principio de Mill que Scanlon a duras penas se afana en explicar. Le desconcierta, por ejemplo, el hecho de que parezca justa tanto la prohibición de la difamación con que se perjudica a alguien haciendo creer a otros que tienen razones para no tratar con él, como la del acto de pulsar falsamente un timbre de alarma en un tren haciendo creer al conductor —que acaso padece lo que Scanlon llama capacidad disminuida de reflexión— que tiene motivo para parar el vehículo. Éstos son dos casos de daño directo e indiscutible, y quedarían, pues, fuera del ámbito de un principio que Mill esbozó para proteger una libertad básica de la represión justificada en virtud de un daño indirecto o discutible; con todo, la defensa de este principio por parte de Scanlon tiene el mérito de soslayar discusiones acerca de lo que se entiende por libertad fundamental y del porqué de este concepto.

I

EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL*

H. L. A. HART

I

INDUDABLEMENTE, cuando Bentham y Austin insistían en distinguir entre el derecho tal cual es y el derecho como debe ser, tomaban en consideración leyes *concretas* cuyo significado era claro y, por ende, incontrovertido, y tenían interés en razonar que tales leyes, aunque afrentasen a la moral, seguían siendo leyes. No obstante, si hemos de llegar a la raíz de la insatisfacción sentida, es preciso tener en cuenta, al contemplar las críticas que posteriormente se elaboraron, no sólo las que iban dirigidas contra esta opinión particular, sino también la objeción de que, aunque lo dicho por los utilitaristas en este aspecto fuera verdadero, su insistencia en ello, con terminología que insinuaba una escisión general entre lo que es y debe ser el derecho, oscurecía el hecho de que, en otros sentidos, existe un nexo esencial entre ambos extremos. Así, en adelante tomaré en consideración no sólo las críticas

* De la *Harvard Law Review*, núm. 71 (1958), p. 593. Copyright 1958 por la Harvard Law Review Association. El profesor LON L. FULLER replicó a este ensayo en "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, núm. 71 (1958), p. 630.

del punto preciso que los utilitaristas sostenían, sino también la afirmación de que se pone de manifiesto una relación sustancial entre el derecho y la moral si examinamos cómo se interpretan y aplican al caso concreto leyes cuyo sentido es objeto de controversia; y de que esta conexión se revela de nuevo si extendemos nuestro punto de vista y preguntamos, no si toda norma jurídica en particular ha de reunir un mínimo ético para ser auténtico derecho, sino si un sistema normativo que incumpliera en absoluto esta exigencia sería un sistema jurídico.

Hay sin embargo una importante complicación inicial que ha desorientado mucho a la crítica. Hemos de recordar que los utilitaristas sumaron a la insistencia sobre la independencia entre el derecho y la moral otras dos doctrinas igualmente famosas pero distintas. Una era el importante postulado de que un estudio de conceptos jurídicos puramente analítico, un estudio de los significados del vocabulario característico del derecho, es tan trascendental para nuestra comprensión de la naturaleza del derecho como los estudios históricos y sociológicos, aunque ciertamente no puede reemplazarlos. La otra doctrina era la célebre teoría imperativa del derecho: que éste es en esencia un mandato.

Estas tres doctrinas constituyen la tradición utilitarista de la jurisprudencia, pero son diferentes. Es posible aprobar la separación entre el derecho y la moral, apreciar las investigaciones analíticas sobre el sentido de los conceptos jurídicos y, no obstante, considerar errónea la concepción del derecho como un mandato en esencia. Una causa de gran confusión en la crítica de la independencia entre el derecho y la moral fue la creencia de que la falsedad de cualquiera de estas tres doctrinas de la tradición utilitarista

demuestra la falsedad de las dos restantes; pero lo peor era la inadvertencia de que había tres doctrinas absolutamente independientes en esa tradición. El uso indiscriminado del término "positivismo" para designar ambiguamente cualquiera de estas tres doctrinas independientes (y asimismo otras que los utilitaristas nunca profesaron) ha confundido quizás el tema más que cualquier otro factor aislado.[1] Algunos de los críticos norteamericanos que inicialmente criticaron la doctrina de Austin se definieron, sin embargo, de modo admirablemente claro en esta materia. Gray, por ejemplo, añade al término de su homenaje a Austin, que he citado ya, las palabras "puede haberse equivocado al tratar el derecho del Estado como si

[1] He aquí cinco argumentos que contribuirán a identificar cinco o más sentidos de "positivismo" debatidos en la jurisprudencia contemporánea:

1) Las leyes son mandatos de seres humanos.

2) No hay una relación necesaria entre derecho y moral o entre el derecho existente y el derecho tal como debe ser.

3) El análisis de los conceptos jurídicos (o el estudio de su significado): *a)* merece llevarse a cabo; *b)* debe distinguirse de la investigación histórica sobre los motivos u origen de las leyes, de la investigación sociológica sobre la relación del derecho con otros fenómenos sociales y de la crítica o valoración del derecho desde el punto de vista de la moral, los fines sociales, las "funciones", etcétera.

4) Un ordenamiento jurídico es un "sistema lógico cerrado, en el que pueden deducirse por medios lógicos las decisiones jurídicas correctas de normas legales preestablecidas, sin referencia a fines sociales, directrices, o pautas morales".

5) No pueden afirmarse o defenderse juicios morales, aunque esto sea posible en la exposición de hechos, mediante argumentos racionales, testimonio o prueba (ética "no cognoscitiva").

Bentham y Austin sustentaron las opiniones descritas en los apartados 1, 2 y 3, pero no las incluidas en 4 y 5. Frecuentemente, se atribuye la opinión número 4 a los juristas analíticos, pero no tengo conocimiento de ningún "analista" que sostuviera esta opinión.

fuera un mandato del poder soberano",[2] y diserta agudamente sobre muchos puntos en los que la teoría del mandato resulta defectuosa; pero otros críticos han sido menos perspicaces y creído que las incoherencias de la teoría del mandato, que paulatinamente se manifiestan, son bastantes para demostrar la falsedad de la separación del derecho y la moral.

Esto fue un error, pero muy lógico. Para hacernos una idea de lo natural que era, debemos contemplar más atentamente la idea de mandato. La famosa teoría de que el derecho es un mandato formaba parte de una tesis más amplia y ambiciosa. Austin afirmó que la noción de mandato era "la *clave* de las ciencias jurídica y moral",[3] y los intentos coetáneos de elucidar los juicios morales desde el punto de vista de las declaraciones "imperativas" o "dispositivas" vienen a secundar este ambicioso aserto; pero la teoría del mandato, enfocada como esfuerzo de distinguir la quintaesencia del derecho, y hasta la quintaesencia de la moral, parece imponente en su simplicidad y absolutamente inadecuada. Es mucho lo que quedaría falseado, aun en el más simple ordenamiento jurídico, si se presentara como un mandato. Aun así, los utilitaristas pensaron que podía expresarse la esencia de un sistema legal si se complementaba la noción de mandato con la de hábito de obediencia. Su razonamiento era, en resumen, el siguiente: ¿Qué es un mandato? Es sencillamente la manifestación por una persona del deseo de que otra realice un acto o se abstenga de él, junto con la amenaza de un castigo que sería la consecuencia probable de la desobediencia. Los manda-

[2] GRAY. *The Nature and Source of the Law* (2ª ed., 1921), pp. 94-95.

[3] AUSTIN. *The Province of Jurisprudence Determined* (Library of Ideas, 1954), p. 13.

tos son leyes si satisfacen dos condiciones: 1ª que sean genéricos; 2ª que estén ordenados por un ente que —como Bentham y Austin sostienen— existe en toda comunidad política, cualquiera que sea su forma constitucional, esto es, un individuo o grupo de individuos destinatario de la obediencia habitual de la mayor parte de la sociedad y que, a su vez, no tribute obediencia a otros. Esta persona es el soberano.* Así, el derecho es el mandato de las autoridades de la colectividad no sometidas a ninguna otra autoridad; la creación de la voluntad —libre de trabas legales— del soberano, quien, por definición, se halla al margen de la ley.

Es fácil ver que esta explicación del ordenamiento jurídico estatal es manida. Por lo que se ve, es posible llegar a la conclusión de que su incongruencia se debe a la omisión de algún vínculo esencial con la moral. Esta sencilla trilogía de mandato, sanción y soberano sirve para describir una situación que, si se interpretan estas nociones con absoluta precisión, se asemeja a la de un bandolero diciendo a su víctima: "¡La bolsa o la vida!" La única diferencia es que, en el caso del ordenamiento jurídico, el bandolero interpela a un grupo numeroso de personas que están acostumbradas al pillaje y ceden habitualmente a él. No obstante, el derecho no equivale exactamente a la situación de bandolerismo antes descrita, y seguramente tampoco puede equipararse de manera tan simplista el ordenamiento jurídico con un acto de coacción.

En este esquema, pese a los puntos de evidente analogía entre una norma legal y un mandato, faltan

* O sea, el monarca; o, en los estados en que no existe una forma de gobierno monárquica, la persona u organismo que ejerce el poder soberano. [N. del T.]

algunos de los elementos más característicos del derecho. Permítaseme mencionar unos pocos. Es erróneo considerar una cámara legislativa (y, con más razón, un cuerpo electoral), con número de miembros variable, como un grupo de personas que son obedecidas habitualmente; esta idea simplista sería aplicable tan sólo a una monarquía lo bastante antigua como para haber adquirido un "hábito" de madurez. Aun descartado ese punto, hay que admitir que ningún acto del legislador es derecho si no cumple las normas fundamentales aceptadas que especifican los requisitos esenciales del procedimiento legislativo, y esto es válido incluso para sistemas que constan de una simple constitución unitaria, como el británico. Estas normas fundamentales que establecen las condiciones específicas que ha de cumplir un cuerpo legislativo para legislar no son mandatos habitualmente obedecidos, ni pueden expresarse como hábitos de obediencia a personas. Estas normas constituyen la base del ordenamiento jurídico positivo, y lo que se echa más en falta en el esquema utilitarista es un análisis de lo que significa para un grupo social y sus funcionarios la aceptación de tales normas. Esta noción, y no la de mandato —como sostiene Austin—, es la "clave de la ciencia jurídica" o, al menos, una de sus claves.

Por otra parte, Austin, en el supuesto de una democracia, antepone el electorado a los legisladores como "soberano" (o, en Inglaterra, como parte de él). Considera que, en Estados Unidos, la masa de electores de las cámaras legislativas federales y estatales constituye el poder soberano, cuyas órdenes, emitidas por sus "representantes" en los cuerpos legisladores, son ley; pero, sobre esta base, hay que descartar en absoluto la noción de un soberano al margen de la ley que es "obedecido habitualmente" por el pueblo,

porque en este caso el pueblo obedece al pueblo, es decir, se obedece a sí mismo. Evidentemente, la aceptación general de la legitimidad de un procedimiento legislativo, abstracción hecha de los diferentes individuos que lo llevan a cabo en cada momento, se falsearía si se analizase desde el punto de vista de una obediencia colectiva habitual a ciertas personas situadas por definición al margen de la ley, de igual modo que se tergiversaría el fenómeno análogo, pero mucho más simple, de la aceptación social general de una norma —por ejemplo, la de quitarse el sombrero al entrar en una iglesia— si se representase como obediencia habitual por parte del pueblo a determinadas personas.

Otros críticos vislumbraron oscuramente un defecto aún más importante en la teoría del mandato, aunque empañaron la eficacia de una crítica valiosa al suponer que aquél se debía a no haberse insistido en la notable relación entre el derecho y la moral; pero ese defecto más radical consiste en lo siguiente. La imagen que traza la teoría del mandato sobre la vida de sumisión al derecho es en esencia una simple relación entre jefe y subordinado, de superior a inferior, de arriba abajo; una relación vertical entre los detentadores del mando o autores de la ley, concebidos como esencialmente extraños a su imperio, y los súbditos, que están sometidos a ella. En dicha imagen no se da cabida, ni siquiera en un plano accidental o subordinado, a la distinción entre los diversos tipos de normas legales, que son de hecho radicalmente distintos. Unas leyes ordenan a los hombres actuar de cierta manera o abstenerse de determinados actos, de grado o por fuerza. La legislación penal consta en gran parte de normas de esta clase: al igual que un mandato imperativo, sólo cabe "obedecerlas" o "desobede-

cerlas". Otras normas legales, en cambio, son presentadas a la sociedad de diversos modos y tienen funciones completamente diferentes. Ofrecen a los individuos medios más o menos elaborados para crear estructuras de derechos y deberes con que regir su vida dentro del marco coercitivo del derecho. Tales normas son las que autorizan al individuo a contratar, hacer testamento, disponer fideicomisos y, en general, modelar sus relaciones jurídicas con otras personas; y, a diferencia de las leyes penales, no son factores encaminados a impedir deseos y decisiones de carácter antisocial. Por el contrario, estas normas proveen de medios para la realización de deseos y decisiones. No expresan (al modo de las órdenes terminantes) "haz esto quieras o no", sino más bien "si deseas hacer esto, así es como debes hacerlo". En virtud de tales normas, ejercitamos poderes, efectuamos reclamaciones y reivindicamos derechos. Dichas frases definen rasgos característicos de las leyes que confieren derechos y poderes; son leyes que, por así decirlo, se ponen a disposición de los individuos de modo diverso de como se impone la ley penal. Mucha ingeniosidad se ha empleado en la tarea de "reducir" las leyes de esta segunda clase a una variante compleja de las leyes del primer tipo. El empeño en demostrar que las leyes que confieren derechos son "en realidad" meras estipulaciones condicionales de sanciones que han de imponerse, en último término, a la persona ligada por un deber jurídico caracteriza una gran parte de la obra de Kelsen.[4] No obstante, pro-

[4] Véase, por ejemplo, KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), pp. 58-61, 143-144 (hay traducción castellana de E. García Máynez, con el título *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1949). Según Kelsen, todas las normas jurídicas, y no sólo

pugnar esto equivale realmente a mostrar un dogmático afán de suprimir todo un aspecto del sistema legal en orden a mantener la teoría de que la estipulación de una sanción, como el mandato de Austin, representa la quintaesencia del derecho. Se podría igualmente sostener la tesis de que las reglas del béisbol no son "realmente" más que instrucciones condicionales complejas al marcador, y que esto define su naturaleza real o "esencial".

Salmond, uno de los primeros juristas ingleses que rompieron con la tradición de Austin, se lamentó de que su tesis, el análisis de la ley desde el punto de vista del mandato, excluye la noción de derecho;[5] sin embargo, se confundió en sus juicios. Razonó primero, correctamente, que si las leyes son meros mandatos, resulta inexplicable que hayamos llegado a hablar de derechos y poderes legales como conferidos por o derivados de ellas; pero luego concluyó, erróneamente, que es necesario que las normas de un sistema legal estén ligadas a normas morales o principios de justicia y que sólo sobre esta base puede explicarse el fenómeno de los derechos legales; de lo contrario —cree Salmond— habría que decir que sólo una "coincidencia verbal" enlaza los conceptos de derecho legal y derecho moral. De modo semejante, los críticos continentales de los utilitaristas, siempre atentos a la compleja noción de derecho subjetivo, insistieron en que la teoría del mandato no le daba cabida. Häger-

las que confieren derechos y poderes, son reductibles a tales "normas primarias" que estipulan sanciones condicionalmente.

[5] SALMOND, *The First Principles of Jurisprudence* (1893), pp. 97-98. Protesta aquí contra "la ideología de la llamada escuela inglesa de jurisprudencia", porque "intentó despojar a la idea de derecho de la significación ética que es uno de sus elementos más fundamentales". Igualmente, en pp. 9 y 10.

ström insiste en que, si las leyes fueran meros mandatos, la noción de derecho individual sería realmente inexplicable, porque los mandatos son, según dice, algo que obedecemos o desobedecemos, pero que no confiere derechos;[6] mas concluye también que ciertas nociones de justicia, basadas en la moral o —según su razonamiento— en el sentido común, no deben faltar en el análisis de cualquier estructura legal lo bastante elaborada como para conferir derechos.[7]

Aun así, estos argumentos resultan seguramente confusos. Las normas que conceden derechos, aunque distintas de los puros mandatos, no han de ser normas morales o coincidir con ellas. Al fin y al cabo, existen derechos en los ámbitos reglamentarios de ceremonias y de juegos, y en muchas otras esferas reguladas por normas que son ajenas a la cuestión de la justicia o de lo que debe ser el derecho. Tampoco es necesario que las normas que confieren derechos sean justas o moralmente buenas. Los derechos de un amo sobre sus esclavos nos lo demuestran. "Su mérito o demérito" —en la terminología de Austin— depende de cómo estén distribuidos los derechos en la sociedad y de su objeto (la persona o cosa sobre la que se ejercitan). Ciertamente, estos críticos revelaron la inadecuación de las nociones de mandato y de hábito para el análisis del derecho; en muchos aspectos, es evi-

[6] HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (ed. de Olivecrona, 1953), p. 217: "La teoría de los derechos subjetivos individuales... es toda ella incompatible con la teoría imperativa". Véase también p. 221: "La descripción de éstas (las exigencias de protección legal) como derechos se deriva enteramente de la idea de que la ley que las regula es una expresión genuina de derechos Y deberes en el sentido en que la noción popular de justicia entiende estos términos".

[7] *Ibid.*, p. 218.

dente que en ese análisis hay que tener en cuenta la aceptación social de una regla o norma de autoridad (aunque esté motivada únicamente por miedo o superstición o se deba a inercia) y que el derecho no puede reducirse a esos dos simples términos. Nada de esto demostró, empero, que la insistencia utilitarista en la distinción entre la existencia del derecho y sus "méritos" fuese errónea.

II

Voy a examinar ahora una crítica típicamente norteamericana de la división entre el derecho tal cual es y lo que debería ser. Dicha crítica nació del estudio crítico del procedimiento judicial del que con tanto fruto se ha ocupado, en conjunto, la jurisprudencia norteamericana. Los más escépticos de esos críticos —los denominados vagamente "realistas de la década de 1930"— aceptaron, acaso con demasiada ingenuidad, la estructura conceptual de las ciencias naturales como adecuada para la caracterización del derecho y para el análisis de la actividad reglada que constituye, al menos en parte, todo sistema vigente de derecho; pero, por otra parte, abrieron los ojos de la humanidad a lo que acontece realmente cuando los tribunales deciden controversias, y el contraste que revelaron entre los hechos sustanciales del fallo judicial y la terminología tradicionalmente utilizada para describirlo, como si fuera una operación absolutamente lógica, resultó generalmente esclarecedor: pese a alguna exageración, los "realistas" nos dieron a conocer agudamente un rasgo cardinal del lenguaje y del pensamiento humano que hemos de recalcar, porque resaltarlo es imprescindible no sólo para el entendi-

miento del derecho, sino de ciertas partes de la filosofía que rebasan los confines de la jurisprudencia. La intuición de esta escuela puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: una norma legal prohíbe entrar en un parque público conduciendo un vehículo; evidentemente, se prohíben los automóviles, pero ¿qué suerte corren las bicicletas, los patines o los autos de juguete, o incluso los aeroplanos? ¿Habrán de considerarse todos ellos "vehículos", a los efectos de esa norma, o no? Si tenemos la necesidad absoluta de comunicarnos unos con otros y —como en la forma más elemental de ley— hemos de expresar nuestra intención de que cierto tipo de comportamiento sea regulado por normas, las palabras genéricas que utilicemos —como "vehículo" en el caso que estoy considerando— deben corresponder a un paradigma que no ofrezca ninguna duda sobre su aplicación. Debe haber un núcleo de significado preestablecido, pero existirá también un sector de penumbra, de casos discutibles a los que las palabras en cuestión no puedan aplicarse con toda evidencia, mas tampoco resulten claramente inaplicables. Todos estos casos tendrán rasgos en común con el caso normal, carecerán de algunos existentes en éste y ostentarán otros no presentes en él. La capacidad inventiva del hombre y los procesos naturales acumulan constantemente tales variantes junto a los casos ordinarios, y si hay que determinar si estas series de hechos encajan o no en normas existentes, la persona encargada de tal clasificación deberá tomar una decisión que no le es dictada, por cuanto los hechos y fenómenos a los que ajustamos nuestro lenguaje y aplicamos nuestras normas aparecen como *mudos*. El automóvil de juguete no puede hablar y decir "soy un vehículo a los efectos de esta norma legal", ni los patines corear "no somos un

vehículo". Las situaciones fácticas no nos aguardan pulcramente etiquetadas, plegadas y envueltas, ni llevan escrita encima su categoría legal de modo que el juez pueda leerla. En cambio, al aplicar normas legales, alguien debe asumir la responsabilidad de decidir si la letra de la norma ampara o no el caso en cuestión, con todas las consecuencias objetivas que tal decisión entraña.

A los problemas suscitados fuera del rígido núcleo de ejemplos paradigmáticos o de sentido preestablecido podemos llamarlos "problemas de penumbra"; nos afectan siempre en relación con cuestiones tan triviales como la reglamentación del uso de los parques públicos o respecto a las generalidades multidimensionales de una Constitución. Si todas las normas legales están comúnmente envueltas en una penumbra de incertidumbre, su aplicación a los casos concretos incluidos en esa zona de penumbra no puede ser objeto de deducción lógica, y así, el razonamiento deductivo, acariciado durante generaciones como la perfección suma del raciocinio humano, no cabe que sirva de modelo para la actividad del juez, o de cualquier persona, de subsumir casos particulares en normas generales. En tal ocupación, no sólo de deducciones vive el hombre. Por consiguiente, si los argumentos jurídicos y las decisiones jurídicas de "cuestiones de penumbra" han de ser racionales, su racionalidad debe basarse en otro fundamento que la pura relación lógica con unas premisas. Así, si es racional o "fundado" sostener y decidir que, a los efectos de dicha norma, un aeroplano no es un vehículo, este argumento debe ser fundado o racional sin resultar concluyente en sentido lógico. ¿Por qué, entonces, son tales decisiones correctas o, al menos, más plausibles que las otras posibles? Por otro lado, parece

verosímil que el criterio que da validez a una decisión en esos casos sea un concepto de lo que deba ser el derecho; y es fácil pasar de esta idea a la opinión de que dicho criterio ha de consistir en un juicio moral acerca de la esencia ideal del derecho. Así pues, hallamos aquí el aspecto de la necesaria "intersección del derecho y la moral", que demuestra la falsedad o, en todo caso, el carácter engañoso de la enfática insistencia de los utilitaristas en la independencia entre el derecho tal cual es y tal como debería ser. Seguramente, Bentham y Austin no habrían podido expresarse de otra manera, porque interpretaron mal o descuidaron este aspecto del proceso judicial e hicieron caso omiso de los "problemas en penumbra".

El concepto erróneo del proceso judicial, de quien pasa por alto los "problemas en penumbra" y enfoca el proceso como si consistiera primordialmente en un razonamiento deductivo, es tachado con frecuencia de corruptela "formalista" o "literalista". Pero ahora debo preguntar: ¿cómo y hasta qué punto prueba la demostración de este error que la distinción utilitaria es desacertada o engañosa? Aquí se han confundido muchas cuestiones, mas yo sólo puedo desenmarañar algunas. La acusación de formalismo se ha lanzado tanto contra el teórico del positivismo jurídico como contra los tribunales, pero seguramente se trata respectivamente de objeciones diferentes. Dirigida al positivista, tal acusación significa que éste ha cometido un error teórico sobre el carácter de la decisión jurídica, por haber creído que el razonamiento implícito en el fallo consiste en una deducción de unas premisas en la cual las opciones y decisiones prácticas de los jueces no tienen arte ni parte. Se echa de ver fácilmente que tal error no es imputable a Austin; sólo por una interpretación absolutamente incierta de lo

que es la jurisprudencia analítica, y de por qué este autor la consideró importante, se pudo concebir la idea de que él, o cualquier otro estudioso, haya creído que el derecho es un sistema lógico cerrado en el que los jueces deducen sus fallos de unas premisas.[8] Por el contrario, Austin tuvo siempre muy en cuenta el carácter impreciso y abierto del lenguaje;[9] consideraba que, en situaciones dudosas, los jueces están obligados a legislar,[10] y, con acentos que recuerdan a veces los del difunto juez Jerome Frank, amonestó a los

[8] Esta falsa interpretación de lo que es la jurisprudencia analítica se encuentra, entre otros autores, en STONE, *The Province and Function of Law* (1950), p. 141: "En suma, al rechazar la presunción implícita de que todas las proposiciones de todas las ramas del derecho deben guardar coherencia lógica unas con otras y encajar en una sola serie de definiciones... (J. CARDOZO) negó que el derecho sea realmente lo que el jurista analítico, *en orden a sus fines limitados*, supone que es". Véase esto mismo en pp. 49, 52, 138, 140, *op. cit.;* y FRIEDMANN, *Legal Theory* (3ª ed., 1953), p. 209. Esta mala interpretación depende, al parecer, de la falsa creencia, no revisada, de que los estudios analíticos del significado de los términos jurídicos resultan imposibles o absurdos si, para adoptar decisiones firmes en casos particulares, se requiere algo más que la capacidad de deducir razonamientos lógicos formales de unas premisas preestablecidas claras e inequívocas.

[9] Véase la disertación acerca de la vaguedad y la incertidumbre del derecho en AUSTIN, *op. cit.*, pp. 202-205 y 207, en la cual Austin reconoce que, a consecuencia de esta vaguedad, con frecuencia se dispone sólo de "criterios falibles" para determinar si ciertos casos concretos encajan en expresiones generales.

[10] Véase AUSTIN, *op. cit.*, p. 191: "No concibo que una persona que haya reflexionado sobre el tema pueda suponer que la sociedad habría podido perdurar si los jueces no hubieran legislado..." Como correctivo de la creencia según la cual el jurista analítico debe tener un concepto mecanicista del proceso judicial, como si éste fuera una máquina de servicio automático, merecen señalarse las siguientes observaciones de Austin:

1) Cada vez que ha de aplicarse el derecho, es posible que se plantee una "concurrencia de analogías opuestas", porque la causa "puede

jueces del *common law** por legislar de manera pusilánime y timorata y por basarse a ciegas en analogías reales o imaginarias con precedentes históricos, en vez de acomodar sus decisiones a las necesidades crecientes de la sociedad reveladas por el criterio moral de utilidad;[11] pero los villanos de este drama, los responsables de la concepción del juez como una especie de autómata, no son los pensadores utilitaristas. Si ha de imputarse esta responsabilidad a algún teórico, debe ser un teórico del género de Blackstone o, en época

asemejarse en algunos de sus aspectos" a causas a las que la norma en cuestión haya sido aplicada en el pasado, y en otros aspectos a "causas que hayan sido excluidas del ámbito de aplicación de la norma". AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, vol. II (5ª ed., 1885), p. 633.

2) Generalmente, los jueces han fallado, y deducido así nuevas normas, basándose en diversos fundamentos, entre los cuales han figurado en ocasiones (y, en opinión de Austin, en muy contados casos) sus opiniones de lo que debe ser el derecho. Las más de las veces han derivado nuevas normas jurídicas del derecho preexistente mediante "conclusiones basadas en la analogía", es decir, "en razón de la existencia de una norma semejante aplicable a supuestos *análogos*..." *Op. cit.*, vol. II, pp. 638-639.

3) "Si todas las normas de un ordenamiento jurídico fueran perfectamente definidas o precisas", no surgirían estas dificultades inherentes a la aplicación del derecho. "Pero la integridad y corrección ideal que acabo de imaginar no podría conseguirse de hecho... aunque el ordenamiento se hubiera establecido y ordenado sistemáticamente con solicitud y pericia inigualables." AUSTIN, *op. cit.*, vol. II, pp. 997-998. Desde luego, este autor creía que esto podría y debería conseguirse mediante una codificación que eliminara la incertidumbre. Véase también las pp. 662-681.

* Sistema judicial, propio de la cultura anglosajona, en el que los jueces resuelven con arreglo a precedentes jurisprudenciales y normas de derecho no escrito. [N. del T.]

[11] AUSTIN, *op. cit.*, vol. II, p. 641: "Realmente, nada tan natural como que los legisladores propiamente dichos o judiciales (especialmente, los de mente estrecha, tímidos o poco hábiles) se atengan en la mayor medida posible a los precedentes sentados por sus predecesores". Véase también en la p. 647: "Pero es muy de lamentar

más antigua, Montesquieu. La raíz de este error es, por parte de Blackstone, la obsesión por el dogma de separación de poderes y por la "ficción pueril" —como Austin la llamó—, según la cual los jueces sólo "buscan" el derecho aplicable, pero jamás "crean" derecho.

Pero no nos importa aquí el "formalismo" como vicio de jurisconsultos, sino de jueces. ¿Qué sentido tiene que un juez incurra en tal desatino, que sea un "formalista", un "autómata", una "máquina tragaperras dispensadora de justicia"? Curiosamente, la doctrina, que está repleta de denuncias de tal vicio, no nos lo aclara nunca en términos concretos; en vez de esto, encontramos solamente en los libros descripciones que no pueden significar lo que parecen dar a entender, a saber, que en el error formalista los tribunales abusan de la lógica, llevan las cosas a "extremos fríamente lógicos"[12] o abusan de los métodos analíticos. Mas, ¿cómo, precisamente por ser formalista, abusa un juez de la lógica? Está claro que este error consiste esencialmente en dar a algún término general una interpretación cerrada a los valores y consecuencias sociales o una interpretación que, por alguna otra razón, es torpe o no cuenta con la aceptación de la crítica. Pero la lógica no impone una interpreta-

que jueces dotados de capacidad, experiencia y categoría no hayan aprovechado cualquier oportunidad para introducir una nueva norma jurídica (beneficiosa para el futuro)... Éste es el reproche que me veo obligado a hacer a Lord Eldon... Los jueces de los tribunales de *common law* no solían hacer lo que deberían haber hecho, a saber, amoldar sus normas jurídicas y de procedimiento a las exigencias crecientes de la sociedad, en vez de adherirse estúpidamente y de mala gana a usos anticuados y bárbaros".

[12] Pleito *Hynes versus New York Cent. R. R.*, 231 N. Y., 229, 235, 131 N. E. 898, 900 (1921); véase POUND, *Interpretations of Legal History* (2ª ed., 1930), p. 123; STONE, *op. cit.*, pp. 140-141.

ción taxativa de los términos; no dicta ni la interpretación insensata ni la inteligente de ninguna expresión. La lógica sólo señala, hipotéticamente, que, si se da a cierto término una cierta interpretación, se llega a una cierta conclusión. La lógica calla en lo tocante al modo de clasificar los diversos pormenores del caso, y éste es el meollo de toda decisión judicial. Así, esta referencia a la lógica y a los extremos lógicos es una denominación equivocada de otra realidad, que seguramente es la expuesta seguidamente. Un juez ha de aplicar una norma a un caso concreto; supongamos que se trata de una ley que prohíbe atravesar los límites del Estado en un "vehículo" robado, y que en este caso se han llevado un avión.[13] El juez no se percata, o finge no darse cuenta, de que los términos generales de esta norma son susceptibles de diversas interpretaciones y de que ante él se abre una amplia serie de opciones no limitadas por convenciones lingüísticas. Pasa por alto, o es incapaz de apreciar, el hecho de que se halla en una zona de penumbra y no está juzgando, por tanto, un caso normal. En vez de decidir a la luz de fines sociales, el juez fija el significado de un modo diferente: o bien toma el significado más inmediato que la palabra en cuestión sugiere al vulgo en su ámbito extrajurídico ordinario, o elige otro que pueda haberse dado al término en algún contexto jurídico, o —lo que es peor aún— imagina un caso corriente, identifica entonces arbitrariamente ciertos caracteres de éste, por ejemplo, en el caso de un vehículo, 1) objeto utilizado normalmente en tierra, 2) que puede transportar a una persona, 3) accionado por motor incorporado, y trata los tres como

[13] Pleito *Mr. Boyle* vs. *Estados Unidos*, 283 U.S. 25 (1931)

si fueran siempre condiciones necesarias y suficientes para la aplicación, en cualquier contexto, de la palabra "vehículo", sin considerar las consecuencias sociales de esa interpretación. Tal determinación, ilógica, obligará al juez a incluir en ese ámbito semántico al coche de juguete (accionado por energía eléctrica) y excluir la bicicleta y el aeroplano. Posiblemente se demuestre en todo esto una gran insensatez, pero ni más ni menos "lógica" que en fallos en los que la interpretación dada a un término genérico y la aplicación consiguiente de alguna norma general al caso concreto se ajustan conscientemente a un fin social preconcebido.

Decisiones tomadas de manera tan irreflexiva apenas merecen ese nombre; no se haría peor aplicación de una norma jurídica echando el fallo a cara o cruz. Es dudoso, no obstante, que se hayan emitido fallos judiciales (ni siquiera en Inglaterra) de manera tan automática. Más probable es que las interpretaciones tachadas de maquinales se hayan derivado del convencimiento de que es más justo que un ordenamiento penal encierre significados acordes con la mentalidad del ciudadano corriente, aun a costa de preterir otros valores (y esto es, en sí mismo, un plan de política social, aunque posiblemente incorrecto); con mucho más frecuencia, lo que se tacha de "mecanicista" o "automático" es una determinada solución realizada a la luz de un fin social, pero de un fin social de carácter conservador. Ciertamente, muchos de los fallos emitidos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos a fines del siglo pasado, y que tan criticados han sido,[14] representan decisiones, en la zona de penumbra,

[14] Véase, p. e., POUND, "Mechanical Jurisprudence", en *Columbia Law Review*, núm. 8 (1908), pp. 605 y 615-616.

destinadas seguramente a fomentar una política de signo conservador. Esto puede afirmarse con especial certidumbre de las opiniones con que el juez Peckham define las esferas de la potestad de policía y del *due process* (procedimiento oportuno).[15]

Pero ¿cómo el error de fallar de modo automático o maquinal y la conveniencia de decidir con arreglo a fines sociales demuestran que sea errónea la insistencia utilitarista en la distinción entre la realidad del derecho y su noción ideal? Tengo para mí que nadie que desee alegar estos vicios de formalismo, como prueba de que la distinción entre el ser y el deber ser es errónea, negará que los fallos tachados de automáticos son válidos, ni negará que el sistema en que se emiten tales fallos automáticos es un sistema jurídico. Seguramente, dirá que todo ello es derecho, pero injusto, que, como tal, no debería ser derecho. Sin embargo, este argumento entraña el uso de esa distinción, no su refutación; y, desde luego, tanto Bentham como Austin solían reprochar a los jueces no haber decidido casos dudosos de acuerdo con las necesidades crecientes de la sociedad.

Es evidente que, si la demostración de los errores del formalismo tiene por objeto probar el error de la distinción utilitarista, deberá reelaborarse rigurosamente ese argumento. Lo que hay que tratar de demostrar no es tanto que una decisión judicial, para ser racional, ha de efectuarse a la luz del concepto del

[15] Véase, p. e., pleito *Lochner* vs. *New York*, 198 U.S. 45 (1905). La opinión del juez Peckham de que no había motivos razonables para obstruir el derecho de libre contrato, determinando las horas de trabajo de un panadero, puede considerarse una muestra de obstinado conservadurismo, pero no hay en ella ningún signo de automatismo o mecanicismo.

deber ser, como que los fines, planes y objetivos sociales, que han de invocar los jueces para que sus decisiones sean racionales, tienen que considerarse englobados en el derecho (tomado este concepto de "derecho" en un sentido amplio, pertinente, que se estima más esclarecedor que el aducido por los utilitaristas). Este replanteamiento del punto crítico traería la siguiente consecuencia: en vez de decir que la reaparición de "cuestiones en penumbra" nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles, debemos afirmar que las directrices sociales que guían la resolución de los jueces están, en cierto sentido, a su alcance, y sólo falta que ellos las descubran; los jueces no tienen más que extraer de la norma lo que, si ésta es rectamente entendida, está "latente" en ella. Llamar a esto "legislación judicial" es ocultar una cierta continuidad esencial que existe entre los casos de aplicación clara de la ley y las "decisiones en penumbra". Más adelante indagaré si este modo de hablar es oportuno; de momento, deseo indicar algo que es evidente, pero que, si no lo manifestara ahora, embrollaría probablemente las conclusiones.

No puede deducirse que, porque la antítesis de una decisión efectuada a ciegas, al modo formalista o literalista, es el fallo inferido inteligentemente por remisión a una concepción del deber ser, nos hallamos ante un entronque del derecho y la moral. Me parece que hemos de guardarnos de entender de manera simplista la palabra "deber". Y no porque no hayamos de distinguir entre el derecho tal cual es en realidad y el derecho ideal (nada más lejos de mi intención), sino porque la distinción tendría que hacerse

entre lo que es y lo que, desde muchos y diversos puntos de vista, debería ser. La palabra "debería" refleja meramente la presencia de juicios de valor; algunos de ellos son morales, pero no todos. Si dijéramos a un vecino que "no debería mentir", éste es ciertamente un juicio moral, pero no olvidemos que un envenenador frustrado podría decir: "Debería haberle dado una segunda dosis". Lo que pretendo significar es que las decisiones inteligentes que oponemos a resoluciones formalistas o mecanicistas no han de ser necesariamente decisiones defendibles sobre bases morales. En muchas ocasiones, podemos decidir: "Está bien, así debe ser"; pero es posible que en esos casos queramos decir simplemente que en el acto en cuestión se ha manifestado algún propósito o plan aceptado, sin que pretendamos sancionar la legitimidad moral del plan o la decisión. Así, el contraste entre la decisión mecánica y la inteligente puede aparecer también dentro de sistemas dedicados a la prosecución de los fines más perversos, pues no es un contraste que haya de encontrarse tan sólo en sistemas jurídicos que, como el nuestro, reconocen de manera amplia tanto principios de justicia como exigencias morales de los individuos. El siguiente ejemplo servirá para esclarecer la cuestión. La misión de sentenciar en casos penales es la que parece exigir más claramente del juez el ejercicio de razonamientos morales. Los factores que han de ponderarse aquí parecen claramente factores morales. La sociedad no debe estar a merced de un libertino, ni a su víctima ni a sus cómplices se les ha de infligir demasiado sufrimiento; hay que procurar por todos los medios que aquél pueda llevar una vida mejor y recupere un puesto en la sociedad cuyas leyes ha violado. La labor de un juez que busque la resultante de estos argumentos, con toda la discrecionalidad y

perplejidad que eso entraña, parece el ejemplo de razonamiento moral más simple que cabe imaginar, y asimismo el polo opuesto de la aplicación mecánica de un baremo de penas con que se formule una sentencia sin atender a esos argumentos morales que han de valorarse en nuestro sistema. Así, un fallo inteligente y racional estará orientado, aunque inciertamente, hacia fines morales. Nos basta, empero, con cambiar de ejemplo para advertir que esto no tiene que ser necesariamente así, y seguramente, si esto no es inexcusable, la tesis utilitaria permanece imbatida. Bajo el régimen nazi, los tribunales sentenciaron a varios hombres por las críticas de que hicieron objeto a aquél. La elección de la sentencia estaría entonces condicionada únicamente por la consideración de lo que era indispensable para mantener en vigor la tiranía estatal. ¿Qué sentencia aterrorizaría a la opinión pública y a la vez mantendría en suspenso a los amigos y familiares del detenido, de modo que tanto la esperanza como el miedo contribuyesen al servilismo? En tal sistema se consideraría al detenido simplemente un objeto utilizable para la prosecución de sus fines. Así y todo, en contraste con una decisión mecánica, la decisión fundada en estas premisas resultaría inteligente, estaría encaminada a un fin y, desde cierto punto de vista, sería como debería ser. Desde luego, no ignoro que toda una tradición filosófica se ha empeñado en demostrar que no podemos rectamente calificar de auténticamente racionales a determinadas decisiones o comportamientos mientras no estén de conformidad con unos fines y principios morales; pero el ejemplo que he utilizado me parece que sirve, al menos, como advertencia de que no es posible que tomemos los errores del formalismo como algo que demuestre *per se* la falsedad de la insistencia utilitarista

en la distinción entre el derecho tal cual es y el derecho tal como debería ser *moralmente*.

Mas volvamos al nudo del asunto. Si es verdad que la decisión inteligente de las cuestiones de penumbra no es la que se hace maquinalmente, sino el fallo resuelto a la luz de fines, objetivos y directrices políticas —aunque no necesariamente a la luz de lo que llamaríamos principios morales—, ¿es prudente expresar este importante hecho diciendo que es preciso desechar la distinción utilitarista entre lo que el derecho es y lo que debería ser? Quizá no pueda refutarse teóricamente el argumento de que, efectivamente, lo es, ya que se trata, en efecto, de una *invitación* a revisar nuestra noción de lo que es una norma jurídica. Se nos invita a incluir en la "norma" los diversos fines y directrices políticas a la luz de los cuales se deciden los casos dudosos, en razón de que estos fines, por su importancia, tienen tanto derecho a llamarse ley como el núcleo de las normas legales con significado resuelto; y, dado que una invitación no puede refutarse, pero sí rehusarse, expondré dos razones para declinar esta invitación: 1ª Todo lo que hemos aprendido sobre el proceso judicial cabe expresarlo de manera menos misteriosa; puede decirse que las leyes son irremediablemente incompletas, y que hemos de decidir los casos dudosos racionalmente, por remisión a fines sociales; creo que Holmes, quien tan clara noción tenía del hecho de que "las proposiciones generales no sirven para resolver casos concretos", abundaría en esta opinión. 2ª Insistir en la distinción utilitarista es destacar que el firme núcleo de significado establecido es derecho en algún sentido de importancia capital y que, si existen fronteras, debe haber antes unos límites. Si no fuese así, la noción de normas que rigen las decisiones de los tribunales

carecería de sentido, como postulaban algunos "realistas"[16] (desde sus posturas más extremas y basándose —según creo— en razonamientos falsos).

En cambio, templar la distinción, afirmando enigmáticamente que existe una especie de identidad difusa entre el derecho tal cual es y el ideal, equivale a insinuar que todas las cuestiones legales son fundamentalmente iguales a los casos dudosos o "cuestiones de penumbra"; es afirmar que no puede encontrarse ningún elemento auténticamente jurídico en el núcleo de significados básicos existente en las normas, que no hay nada en la naturaleza de una norma jurídica que no guarde coherencia con *todas* las cuestiones que pueden reconsiderarse a la luz de una política social. Desde luego, conviene ocuparse de los problemas pertenecientes a esa zona de penumbra, problemas que son justamente el pan nuestro de cada día en las academias de derecho; pero una cosa es ocuparse de ellos y otra es preocuparse. Y la preocupación por los problemas de penumbra es —si me está permitido decirlo— una fuente de confusión en la tradición

[16] En el presente contexto, vale la pena mencionar una retractación de esta posición extrema. En la primera edición de *The Bramble Bush*, el profesor Llewellyn se adhirió sin reservas a la opinión de que "lo que estos funcionarios aplican a las controversias es, a mi juicio, el derecho mismo" y de que "las *normas jurídicas*... son importantes en tanto ayudan... a predecir lo que los jueces decidirán... A eso se reduce su importancia, salvo en calidad de bonitos juguetes". LLEWELLYN, *The Bramble Bush* (1ª ed., 1930), pp. 3 y 5. En la segunda edición declaró que éstas resultan "palabras nefastas, si no se completa la idea, y no pasan de ser, a lo sumo, una manifestación muy parcial de la verdad... Una de las funciones del derecho es la de controlar a funcionarios en alguna parte, y guiarlos aun cuando... no sea posible o conveniente un control minucioso... Esas palabras no toman en consideración debidamente... la función de la institución del derecho como instrumento de planeamiento consciente..." LLEWELLYN, *The Bramble Bush* (2ª ed., 1951), p. 9.

jurídica norteamericana tan sustancial como el formalismo en la inglesa. Cabe, naturalmente, desechar la noción de que las normas tienen autoridad, dejar de atribuir consistencia al argumento de que una causa está claramente subsumida en una norma y en el ámbito de un precedente. Podríamos incluso calificar de "automáticos" o "maquinales" todos los razonamientos de esa clase, lo que constituye ya la invectiva habitual de los tribunales; pero mientras no decidamos que es esto exactamente lo que queremos, no debemos fomentarlo desvirtuando la distinción utilitarista.

III

La tercera crítica de la independencia del derecho respecto a la moral tiene un carácter muy diferente; ciertamente, es menos un argumento intelectual contra la distinción utilitarista que una apelación apasionada, no apoyada en un minucioso razonamiento, sino en los vestigios de una terrible experiencia; porque constituye el testimonio de quienes, habiendo descendido al infierno, regresaron —como Ulises o el Dante— trayendo un mensaje a los seres humanos. Sólo que, en este caso, no se trataba de un infierno subterráneo o ultraterreno, sino situado en la Tierra, pues era un infierno creado en ésta por hombres y destinado a otros hombres.

Ese llamamiento proviene de los pensadores alemanes que sobrevivieron al régimen nazi y reflexionaron acera de sus perniciosas manifestaciones en el sistema jurídico. Uno de esos pensadores, Gustav Radbruch, había participado en la doctrina "positivista" bajo la tiranía nazi, pero aquella experiencia

transformó su modo de pensar, y así, su llamamiento a otros hombres a repudiar la doctrina de la separación del derecho y la moral tiene la especial acerbidad de una retractación. Lo importante de esta crítica es que en realidad hace frente al propósito particular que Bentham y Austin imaginaban al proponer la separación entre el derecho tal cual es y el derecho ideal. Aquellos pensadores alemanes hicieron hincapié en la necesidad de reunir lo que los utilitaristas habían separado, y en el punto en que esta desunión tenía máxima importancia a los ojos de éstos; porque estaban interesados en el problema que plantea la existencia de leyes moralmente reprobables.

Antes de su conversión, Radbruch sostenía que la resistencia a la ley es materia de conciencia personal, algo que debe ser resuelto por el individuo como problema moral, y que la validez de una ley no puede impugnarse alegando que sus requerimientos son inmorales, ni tampoco indicando que los efectos derivados del cumplimiento de dicha ley serían peores que los de su transgresión. Austin, como se recordará, ponía énfasis en condenar a quienes dicen que si las leyes humanas pugnasen con los principios fundamentales de la moral dejarían de ser leyes; esta idea, a su juicio, es un "completo disparate".

> Las leyes más perniciosas, o sea, las más opuestas a la voluntad de Dios, han sido y continúan siendo impuestas como tales por los tribunales de justicia. Supongamos que un acto inocuo, o positivamente beneficioso, fuese prohibido por el poder soberano bajo pena de muerte; si cometo ese acto, seré juzgado y condenado; y si pongo objeción a la sentencia declarando que es contraria a la ley de Dios... el tribunal de justicia demostrará que mi razonamiento no es convincente llevándome a la horca, en ejecución de la ley cuya validez

> he impugnado. Una excepción, objeción o alegación fundada en la ley de Dios jamás fue atendida en un tribunal de justicia, desde la creación del mundo hasta el momento actual.[17]

Estas palabras son duras, verdaderamente brutales, pero hemos de recordar que iban acompañadas —en el caso de Austin y, por supuesto, también en el de Bentham— del convencimiento de que, si las leyes llegaran a un cierto grado de iniquidad, habría una clara obligación moral de resistirlas y negarse a obedecerlas. Veremos, cuando consideremos las otras soluciones al problema, que esta sencilla presentación de una posible disyuntiva humana merece que se hable mucho a su favor.

Radbruch, no obstante, había inferido de la soltura con que el régimen nazi se aprovechó de la sumisión a un derecho puramente nominal —o con que la expresó, a juicio de este autor, en el lema positivista "la ley es la ley" *(Gesetz als Gesetz)*—, y de la falta de protesta por parte de los jurisconsultos alemanes contra las atrocidades que se les ordenó perpetrar en nombre de la ley, que el "positivismo" (entendiendo por tal la insistencia en la separación entre el derecho real y el ideal) había contribuido poderosamente a esos horrores. Las aludidas reflexiones de Radbruch, le llevaron a la doctrina de que los principios fundamentales de la moralidad humanitaria son parte del verdadero concepto de *Recht* o legalidad y que ningún decreto o reglamento de derecho positivo, por muy claramente expresado que esté y por mucho que se acomode a los criterios formales de validez de un sistema jurídico dado, puede ser válido si contraviene

[17] AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (Library of Ideas, 1954), p. 185.

los principios básicos de la moral. Esta doctrina sólo es apreciable perfectamente si se captan los matices foráneos que entraña la palabra alemana *Recht;* pero, evidentemente, significa que cualquier jurisconsulto o juez debería denunciar las normas legales que infrinjan los principios fundamentales del derecho, y no sólo como inmorales o erróneas, sino como desprovistas de carácter jurídico, y que las normas que por tal razón carezcan de dicho carácter no deben tenerse en cuenta en el momento de determinar la situación jurídica de un individuo dado en ciertas circunstancias. La sorprendente palinodia de su doctrina anterior se ha omitido, por desgracia, en la traducción de sus obras, pero debería ser leída por todo el que desee reconsiderar la cuestión de la interconexión del derecho y la moral.[18]

Es imposible leer sin simpatía el apasionado requerimiento de Radbruch de que la conciencia jurídica del pueblo alemán se abra a los imperativos de la moral, y su queja de que tal actitud está casi ausente de la tradición alemana. Por otra parte, parece extraordinariamente ingenua la idea de que la insensibilidad a las exigencias de la moral y la sumisión al poder del Estado se deba, en un pueblo como el alemán, a la creencia de que el derecho es tal aunque no

[18] Véase RADBRUCH, "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht" en *Süddeutsche Juristen-Zeitung,* núm. 1 (Alemania, 1946), p. 105, reimpreso en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (4ª ed., 1950), p. 347. He utilizado la traducción de parte de este ensayo y de RADBRUCH, "Die Erneuerung des Rechts", en *Die Wandlung,* núm. 2, (Alemania, 1947), p. 8, preparada por el profesor Lon Fuller de la Harvard Law School en forma de suplemento multicopiado.

(Traducido al castellano en RADBRUCH-SCHMIDT-WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo,* ed. J. M.ª Rodríguez Paniagua. Madrid, 1971, y en G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho* (4ª ed., México, FCE, 1974).

concuerde con las condiciones mínimas de moralidad. Esta terrible etapa de la historia incita más bien a indagar por qué el énfasis en el lema "la ley es la ley" y la distinción entre el derecho y la moral tomaron en Alemania un cariz tan siniestro, mientras en otros sectores, como entre los utilitaristas mismos, les acompañaron las actitudes liberales más ilustradas; pero algo más desconcertante que la ingenuidad está latente en la exposición que Radbruch hace de las cuestiones derivadas de la existencia de leyes moralmente inicuas. No me parece injurioso decir que en su argumentación podemos advertir que ha asimilado sólo a medias el mensaje espiritual de signo liberal que trata de transmitir a la abogacía. Porque todo lo que afirma depende en realidad de una valoración enormemente exagerada de la importancia de la mera posibilidad de declarar válida una norma jurídica, como si una declaración expresada en esos términos resolviera la cuestión moral decisiva: "¿Debería ser obedecida esa norma jurídica?" Seguramente, la respuesta auténticamente liberal al uso siniestro del lema "la ley es la ley" o de la distinción entre derecho y moral será: "Muy bien, pero con eso no se resuelve la cuestión. Si el derecho es diferente de la moral, no dejen que suplante a ésta".

Sin embargo, no nos basta con una mera discusión académica a fin de valorar el alegato que Radbruch hizo para la revisión de la distinción entre derecho y moral. Después de la guerra, su concepción del derecho como algo que contiene en sí el principio moral esencial del humanitarismo fue aplicada en la práctica por tribunales alemanes en ciertas causas en que fueron condenados criminales de guerra, espías y delatores nacionales que habían actuado a las órdenes del gobierno nazi. Estas causas revisten la especial im-

portancia de que los acusados alegaron que sus presuntos crímenes eran actos no considerados ilegales por las leyes del régimen que estaba en vigor mientras se realizaban; pero ese alegato fue refutado con la réplica de que las leyes en que ellos se basaron no eran válidas, puesto que contravenían los principios fundamentales de la moral. Permítaseme citar brevemente una de esas causas.[19]

En 1944, una mujer, deseando zafarse de su marido, lo denunció a las autoridades por los comentarios injuriosos que había hecho acerca de Hitler, mientras permanecía en su casa durante una licencia del ejército alemán. Ningún deber legal obligaba a la esposa a dar cuenta de los actos del marido, aunque al parecer hubiera transgredido con esas palabras ciertas normas legales que prohibían hacer declaraciones perjudiciales para el gobierno del Tercer Reich, o que debilitaran de algún modo la defensa militar del pueblo alemán. Al marido se le arrestó y sentenció a muerte, como aparente infractor de esas normas, pero no fue ejecutado sino enviado al frente. En 1949, se procesó a la mujer ante un tribunal de Alemania Occidental, por un delito que podríamos definir como privación ilegal de libertad personal *(rechtswidrige Freiheitsberaubung)*. Éste era ya un crimen punible a tenor del Código Penal alemán de 1871, que había permanecido en vigor sin solución de continuidad desde su promulgación. La esposa alegó que la prisión de su marido estaba de acuerdo con las leyes nazis y que, por consiguiente, ella no había cometido ningún crimen. El tribunal de apelación al que la causa llegó en última

[19] Sentencia de 27 de julio de 1949, Oberlandesgericht, Bamberg, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, núm. 5 (Alemania, 1950), p. 207, *Harvard Law Review*, núm. 64 (1951), p. 1005; véase FRIEDMANN, *Legal Theory* (3ª ed., 1953), p. 457.

instancia sostuvo que la mujer era culpable de haber procurado la privación de libertad de su marido por denunciarlo a los tribunales alemanes, aunque un tribunal le hubiese sentenciado por haber infringido una ley, ya que esa ley —cito textualmente la declaración del tribunal— "era contraria a la recta conciencia y al sentido de justicia de cualquier ser humano honesto". Este mismo razonamiento se observó en muchas causas que han sido aclamadas como un triunfo de las doctrinas del derecho natural y una muestra del derrocamiento del positivismo. La injustificada satisfacción por este resultado me parece histérica. Muchos de nosotros habríamos aplaudido el fallo —el de castigar a una mujer por un acto atrozmente inmoral—, pero a él se llegó simplemente declarando carente de fuerza de ley una norma legal establecida en 1934, y al menos cabe poner en duda la sagacidad de este procedimiento. Había, desde luego, otras dos soluciones posibles. Una era absolver a la mujer; se puede estar de acuerdo con esta solución, o asegurar que habría sido un error. La otra era admitir que sólo podía ser castigada esa mujer a costa de aplicar una ley francamente retroactiva, con plena conciencia de lo que había de sacrificarse para conseguir su castigo de ese modo. Por odiosas que puedan ser la legislación penal y la pena retroactiva, el haberla perseguido abiertamente en esta causa habría tenido al menos el mérito de la candidez. Se hubiera evidenciado que para castigar a esa mujer había que optar entre dos males: el de dejarla impune y el de sacrificar un principio de moralidad sumamente precioso, sancionado por la mayor parte de los sistemas jurídicos. Si hemos aprendido algo de la historia de la moral es seguramente que lo que debe hacerse con una disyuntiva moral es no ocultarla. Como las ortigas, las ocasiones en que la

vida nos fuerza a escoger entre el menor de dos males deben asirse con la certeza de que son lo que son. El vicio de esta aplicación del principio según el cual, en ciertos casos límites, lo que es absolutamente inmoral no puede ser ley ni puede ser legal, es que sirve para enmascarar el auténtico carácter de los problemas que afrontamos y fomenta el romántico optimismo de creer que todos los valores que acariciamos encajan, en definitiva, en un solo sistema, y que ninguno de ellos ha de sacrificarse o comprometerse para acomodarse a otro.

> Toda discordia, armonía incomprendida.
> Todo mal parcial, bien universal.

Esto es, seguramente, falso, y será insincera cualquier formulación de ese problema que nos permita describir el planteamiento de dicho dilema como si fuera el arreglo de un caso ordinario.

Podrá parecer un culto excesivo a las formas, y hasta quizás a las palabras, destacar un modo de resolver esta difícil causa, frente a otro que podría haber conducido, en lo tocante a la mujer, al mismo resultado. ¿Por qué hemos de desorbitar la diferencia entre ambos? Podríamos condenar a la mujer, en virtud de una nueva ley retroactiva, y declarar abiertamente que obramos de un modo incoherente con nuestros principios al buscar el menor de entre dos males; o presentar la causa como si en ella no apuntásemos precisamente al objetivo donde sacrificamos tal principio. Pero el candor no figura entre las muchas virtudes secundarias de la administración de justicia, de igual modo que no es precisamente una virtud menor de la moral. Porque si adoptamos el parecer de Radbruch y, con él y los tribunales alemanes, protes-

tamos contra la ley injusta en forma de un aserto de que ciertas normas no pueden ser legales en razón de su iniquidad moral, estaremos confundiendo una de las maneras más poderosas, por ser la más simple, de crítica moral. Si, al unísono con los utilitaristas, hablamos lisa y llanamente, diremos que ciertas leyes pueden ser tales, pero demasiado inicuas para obedecerlas. Ésta es una condena moral que cualquiera puede entender y que presenta una denuncia clara e inmediata a la conciencia moral. Si, desde otro ángulo, formulamos nuestra objeción en el sentido de afirmar que estos desmanes no son legales, he aquí un aserto que las más de las personas no creen, y que, en caso de que estén dispuestas a tomarlo en consideración, parece suscitar multitud de cuestiones filosóficas antes de que pueda ser aceptado. Así, la lección más importante deducible de esta forma de negación de la distinción utilitarista será quizá la de que los utilitaristas estaban más interesados en enseñar: cuando tenemos los abundantes recursos del lenguaje corriente, no debemos presentar la crítica moral de instituciones como proposiciones de una filosofía discutible.

IV

Me he esforzado en demostrar que, pese a todo lo que se ha aprendido y experimentado desde que los utilitaristas escribieron su doctrina, y pese a los defectos de otras partes de ésta, su protesta contra la confusión de lo que es y lo que debería ser el derecho tiene un valor moral, aparte de intelectual. No obstante, puede decirse que, aunque esta distinción es válida e importante si se aplica a cualquier ley dada de un sistema, es, con todo, engañosa si tratamos de

aplicarla al derecho, o sea, a la noción de sistema jurídico y que si insistimos —como lo he hecho yo— en una verdad (o perogrullada) más estricta, oscurecemos una verdad más amplia o más profunda. Al fin y al cabo —puede alegarse—, hemos aprendido que muchas cosas, que son falsas tomando las leyes una a una, resultan verdaderas e importantes en un sistema legal considerado en su conjunto. Por ejemplo, la relación entre derecho y sanciones y entre la existencia del derecho y su "eficacia" debe entenderse de este modo más general. Es seguramente insostenible (sin una peligrosa extensión de la palabra "sanción" o una restricción artificial del término "ley") que toda ley contenida en un ordenamiento municipal ha de tener una sanción; no obstante, es plausible la afirmación de que un ordenamiento, para ser jurídico, debe disponer sanciones destinadas a algunas de sus normas. Puede decirse, pues, que una norma jurídica existe aunque se imponga u obedezca sólo en una minoría de casos, pero esto no puede predicarse del conjunto del ordenamiento jurídico estatal. Tal vez las diferencias entre las leyes tomadas por separado y un ordenamiento jurídico en general se verifiquen también en la relación entre las concepciones morales (o de otra clase) acerca de lo que debería ser el derecho y el derecho en este sentido más amplio.

Esta línea de argumentación (que encontramos —siquiera en forma embrionaria— en los pasajes donde Austin señala que todo ordenamiento jurídico maduro contiene ciertas nociones fundamentales que son "necesarias" y están "enraizadas en la naturaleza humana")[20] merece seguirse, hasta cierto punto, y

[20] AUSTIN, "Uses of the Study of Jurisprudence", en *The Province of Jurisprudence Determined* (Library of Ideas. 1954), pp. 365, 367-368, 373.

voy a exponer brevemente por qué y en qué medida esto es así.

Hemos de evitar, si podemos, el bizantinismo en el vano intento de dar una definición, ya que, en relación con un concepto de tantos aspectos y tan vago como el de ordenamiento jurídico, las disputas acerca del carácter "esencial" (o sea, de la necesidad para el conjunto) de cualquier elemento singular empiezan pronto a parecer discusiones sobre si el ajedrez sería "ajedrez" si se jugara sin peones. Hay un deseo, quizá comprensible, de atajar la cuestión de si un ordenamiento, para ser jurídico, debe responder a alguna norma moral o de otra clase con simples afirmaciones de hecho: por ejemplo, que ningún ordenamiento que omita en absoluto esa exigencia puede existir o perdurar; que la presunción, normalmente realizada, de que un ordenamiento jurídico tiene por objeto alguna forma de justicia matiza el método por el que interpretamos normas específicas en casos particulares, y que, si esta presunción normalmente cumplida no se realizara, nadie tendría más razón de obedecerlo que el temor (y probablemente ni tan siquiera eso), y mucho menos una obligación moral de acatamiento. La relación entre derecho, normas morales y principios de justicia es, por tanto, tan poco arbitraria y tan "necesaria" como el enlace entre derecho y sanciones, y el estudio de la cuestión de si esta necesidad es lógica (como parte del "significado" del derecho) o meramente fáctica o causal puede, con seguridad, dejarse a cargo de los filósofos como inocente pasatiempo.

No obstante, desearía adentrarme en dos aspectos (aunque esto implique el uso de una fantasía filosófica) y mostrar cómo podría entenderse la afirmación de que ciertas disposiciones de un ordenamiento

jurídico son "necesarias". Tanto el mundo en que vivimos como sus habitantes pueden un día variar en muchos y diversos sentidos; y si este cambio fuera bastante radical, no sólo resultarían falsas afirmaciones fácticas ahora verdaderas (y viceversa), sino que sistemas enteros de pensamiento y de expresión verbal, que constituyen nuestro instrumento conceptual presente, a través de los cuales contemplamos el mundo y a nuestros semejantes, caducarían por completo. Bástenos considerar cómo el conjunto de nuestra vida social, moral y legal, tal como la entendemos ahora, depende del hecho contingente de que, aunque nuestros cuerpos cambien de forma o de tamaño o se alteren otras de sus propiedades físicas, no varían tan radicalmente ni con tal mercurial rapidez e irregularidad que no podamos identificarnos unos a otros como un mismo individuo persistente durante considerables periodos de tiempo. Aunque esto no es sino un hecho contingente que puede un día ser distinto, se basan actualmente en este hecho las colosales estructuras de nuestro pensamiento, nuestros principios de acción y nuestra vida social. Consideremos de modo semejante la siguiente posibilidad (no porque sea algo más que una posibilidad, sino porque revela por qué estimamos necesarias ciertas cosas en un ordenamiento jurídico y qué manifestamos con eso): supongamos que los hombres llegaran a hacerse invulnerables a los ataques de otros hombres, estuvieran revestidos —como cangrejos gigantes— de un impenetrable caparazón y pudieran extraer del aire el alimento que necesitan merced a un proceso químico interno. En tales circunstancias (cuya descripción detallada puede dejarse a la ciencia ficción), las normas que prohíben el libre uso de la violencia y las que constituyen la forma mínima de propiedad —con de-

rechos y deberes suficientes para hacer posible la producción de alimentos y su conservación hasta ser consumidos— no tendrían el carácter de preceptos necesarios e imperativos que poseen para nosotros, instalados en un mundo como el nuestro. Hoy día, y hasta que sobrevengan dichos cambios radicales, tales normas son tan fundamentales que, si no estuvieran contenidas en un ordenamiento jurídico, no tendría sentido la posesión de otras. Tales normas coinciden en parte con principios morales básicos que prohíben el asesinato, la violencia y el robo; y así, a la enunciación fáctica de que todos los ordenamientos coinciden de hecho con la moral en esos puntos fundamentales, podemos añadir la afirmación de que, en este sentido, eso es necesario (y ¿por qué no llamarlo una necesidad "natural"?).

Naturalmente, aun esto depende de que, al indagar qué contenido debe tener un ordenamiento jurídico, estimemos que sólo vale la pena formular esta pregunta si quienes la tomamos en consideración acariciamos el humilde propósito de sobrevivir en estrecha proximidad con nuestros semejantes. La teoría del derecho natural, sin embargo, con todos sus proteicos aspectos, intenta llevar la argumentación mucho más adelante y afirmar que los seres humanos están consagrados a una concepción de fines, distintos del de supervivencia (la conquista de la ciencia, la justicia para con sus semejantes), que les mantienen unidos y que dictan un nuevo contenido necesario para todo ordenamiento jurídico (superpuesto y superior a mi humilde contenido mínimo), sin el cual éste sería insustancial. Desde luego, debemos guardarnos de exagerar las diferencias entre los seres humanos; pero me parece que, por encima de ese mínimo, los propósitos que los hombres tienen para

vivir en sociedad son demasiado conflictivos y variados como para hacer posible una interpretación muy extensiva del argumento de que, en este sentido, es "necesaria" una más amplia coincidencia entre leyes y normas morales.

También merece atención otro aspecto de la cuestión. Si asignamos a un ordenamiento jurídico la significación mínima de que ha de estar constituido por reglas generales —generales tanto en el sentido de referirse a pautas de comportamiento y no a acciones singulares, como en el de aplicarse a colectividades humanas y no a individuos aislados—, esta significación traduce el principio de igualdad de trato en casos iguales, si bien los criterios determinantes de cuándo los casos son iguales serán, por el momento, sólo los elementos genéricos especificados en las normas. Aunque es cierto que *un* elemento esencial del concepto de justicia es el principio de igual trato de los iguales, este concepto de justicia se refiere a la administración de justicia y difiere del de justicia legal. Así, algo hay en la noción de que el derecho consiste en reglas generales que nos impide tratar de él como si fuera un tema moralmente neutral, sin ninguna conexión necesaria con principios morales. La justicia procesal natural está, en consecuencia, constituida por los principios de objetividad e imparcialidad en la administración de justicia, que verifican precisamente este aspecto del derecho y que se hallan destinados a asegurar que se apliquen las normas solamente a los supuestos específicos en ellas contemplados o que, al menos, se minimicen los riesgos de desigualdad en tal sentido.

Naturalmente, estas dos razones o excusas para proponer un cierto grado de coincidencia entre normas legales y morales como algo necesario y natural

no satisfará a nadie que esté realmente preocupado por la insistencia utilitarista o "positivista" en que derecho y moral son dos ámbitos diferentes. Y esto por la razón de que, aunque el ordenamiento jurídico satisficiera esos requisitos mínimos cabría aplicar —con la más pedante imparcialidad hacia las personas afectadas— leyes tremendamente represivas, negando a una numerosa población de esclavos privados de derechos civiles los beneficios mínimos de la protección contra la violencia y el pillaje. Al fin y al cabo, el tufillo de tales sociedades penetra aún en nuestras fosas nasales, y argüir que carecen o carecieron de un ordenamiento jurídico significaría tan sólo una reiteración del mismo argumento. Sólo en el caso de que las normas no dispensaran esos beneficios esenciales y esa protección a todos —incluso a un grupo de dueños de esclavos—, ese mínimo quedaría incumplido y el ordenamiento se vería reducido a una retahíla de tabúes sin sentido. Evidentemente, las personas privadas de esos beneficios no tendrían otro motivo de obediencia que el miedo, y sí, en cambio, toda clase de razones morales para rebelarse.

II

¿ES EL DERECHO UN SISTEMA DE NORMAS?*

R. M. DWORKIN

I. POSITIVISMO

El positivismo contiene unas pocas proposiciones fundamentales que constituyen su estructura y que sin duda (aunque no todo filósofo de los llamados positivistas las aceptaría tal como yo las presento) definen la postura general que quiero examinar. Estos principios fundamentales pueden resumirse del modo siguiente:

a) El derecho de una colectividad consiste en una serie de normas especiales que la comunidad utiliza, directamente o de modo indirecto, para determinar qué comportamientos deberá punir o imponer coercitivamente el poder público. Estas normas especiales es posible identificarlas y diferenciarlas por medio de criterios específicos, por piedras de toque que no tienen que ver con su contenido, sino que se refieren a sus *fuentes* o a cómo se aprobaron o modificaron. Cabe utilizar estos criterios de génesis u origen

* De "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, núm. 35 (1967), p. 14. Reimpresión autorizada por el autor. Se han escrito varios artículos en réplica a este ensayo. Se citan muchos de ellos, y figuran algunas críticas de sus argumentos, en DWORKIN, "Social Rules and Legal-Theory", *Yale Law Journal*, núm. 81 (1972), p. 855.

para distinguir las normas legales válidas de las espurias —que abogados y litigantes esgrimen erróneamente como normas legales— y de otras clases de normas sociales —por lo regular englobadas bajo la rúbrica general de "normas morales"— que la comunidad observa pero no impone mediante el poder público.

b) Esta serie de normas legales válidas agota el concepto de "derecho positivo", de suerte que, si un caso determinado no encaja claramente en alguna de tales normas (porque ninguna parece aplicable, o porque las que lo parecen son vagas, o por alguna otra razón), no puede decidirse el caso "aplicando el derecho", sino que habrá de resolverlo un funcionario judicial "ejercitando su arbitrio", lo cual significa que deberá guiarse por alguna norma extrajurídica que le sirva de pauta para crear una nueva norma legal, o completar una preexistente.

c) Decir que alguien tiene una "obligación legal" equivale a afirmar que su situación está comprendida en una norma legal válida que le obliga a hacer algo o a abstenerse de hacerlo. (Decir que tiene un derecho legal, o un poder legal de la clase que sea, o una inmunidad o privilegio legal, es afirmar, reticentemente, que otros tienen obligaciones legales, reales o hipotéticas, de obrar o de abstenerse en determinados sentidos que le afectan.) En ausencia de tal norma legal válida, no hay obligación legal; por consiguiente, cuando un juez resuelve una cuestión ejercitando su prudente arbitrio, no impone ninguna obligación legal en orden a esa cuestión.

Esto es, no obstante, sólo el armazón del positivismo. El contenido lo disponen de modo diferente los diversos positivistas, y alguno incluso arregla la estructura a su manera. Las diferentes versiones di-

fieren principalmente en su descripción de la prueba de origen que una norma debe pasar para contar como norma jurídica.

Austin, por ejemplo, concibe su versión de esa prueba fundamental como una serie de definiciones y distinciones entrelazadas.[1] Define una obligación como la subordinación a una norma, una norma como un mandato general, y un mandato como la expresión de un deseo de que otras personas se comporten de un modo determinado, respaldado por la voluntad y la potestad de imponer coactivamente esa expresión en caso de desobediencia. Distingue varias clases de normas (legales, morales o religiosas) según qué persona o grupo sea el autor del mandato general representado en la norma. En toda comunidad política —razona Austin— se puede encontrar un poder soberano, constituido por un individuo o grupo determinado al que las demás personas obedecen habitualmente pero que no acostumbra a obedecer, por su parte, a nadie. Las normas legales de una colectividad son, pues, mandatos generales desplegados por el poder soberano. La definición de obligación legal de este autor se deriva de su definición de ley. Tiene una obligación legal —piensa— quien, figurando entre los destinatarios de alguna orden general del poder soberano, se expone a una sanción si no obedece esa orden.

Naturalmente, el soberano no puede prever solución para todas las contingencias mediante un sistema de órdenes, y algunas de éstas serán inevitablemente vagas o de perfiles un tanto confusos. Por consiguiente —según Austin—, el soberano concede a quienes aplican la ley —los jueces— un poder discrecional por

[1] J. AUSTIN, *The Provinces of Jurisprudence Determined* (1832).

el cual puedan crear nuevas órdenes cuando se les presenten casos inusitados o problemáticos; los jueces crean nuevas normas o adaptan normas tradicionales, y el soberano, entonces, puede impugnar estas novedades o confirmarlas tácitamente en el caso contrario.

El modelo de Austin es realmente bello por su simplicidad. En él se afirma el primer dogma del positivismo —que el derecho consiste en una serie de normas especialmente elegidas para regular el orden público— y se ofrece un sencillo criterio fáctico —¿qué ha mandado el soberano?— como el único necesario para identificar esas normas especiales. No obstante, andando el tiempo, quienes estudiaron y trataron de aplicar ese modelo lo encontraron demasiado simple. Se alzaron muchas objeciones, entre las cuales dos parecen fundamentales. En primer lugar, la hipótesis clave de Austin, de que en toda comunidad puede encontrarse un determinado grupo o institución que domina en última instancia a todos los demás grupos, no parece valedera en la sociedad compleja. El mando político, en una nación moderna, es pluralista y versátil, es materia de moderación, compromiso, cooperación y alianza, de modo que resulta a menudo imposible indicar una persona o un grupo que ostente ese espectacular dominio que haría falta para calificarle de soberano con arreglo a la tesis de Austin. Interesa afirmar, en los Estados Unidos por ejemplo, que el "pueblo" es soberano; pero esto apenas significa nada, y no ofrece en sí ningún criterio para determinar lo que el pueblo ha mandado o distinguir sus mandatos legales de los sociales o morales.

En segundo lugar, los críticos han echado de ver que el análisis de Austin no explica en absoluto, ni reconoce tampoco, ciertos hechos pasmosos que reflejan nuestras actitudes frente a "la ley". Solemos ha-

cer una importante distinción entre el derecho y los preceptos generales de otro orden (los de un bandido, por ejemplo); consideramos que las coerciones del derecho —y sus sanciones— difieren de los mandatos de un bandolero en que obligan de manera distinta. El análisis de Austin no da cabida a tal distinción, porque define una obligación como sujeción a la amenaza de coacción y, por tanto, funda la autoridad del derecho exclusivamente en la potestad y la intención del soberano de infligir un daño a quienes lo infrinjan. Esta distinción que hacemos es acaso ilusoria: nuestra percepción de una autoridad especial inherente al derecho está quizá basada en un vestigio religioso o en otra especie de ilusión colectiva; pero Austin no lo demuestra, y tenemos razón para insistir en que un análisis de nuestro concepto de derecho reconocerá y explicará nuestras actitudes, o bien demostrará por qué son erróneas.

La versión que H. L. A. Hart hace del positivismo es más compleja, en dos sentidos, que la de Austin. En primer lugar, reconoce —lo que Austin no hace— que existen normas de diversas categorías lógicas; distingue dos categorías de normas, que llama "primarias" y "secundarias". En segundo lugar, rechaza la teoría de Austin, según la cual una norma jurídica es una especie de mandato, y la sustituye por un análisis general más elaborado de su naturaleza. Hemos de detenernos en cada uno de estos puntos, y observar después cómo se combinan en el concepto de derecho del mismo autor.

La distinción de Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia.[2] Normas jurídicas primarias son las que conceden derechos e imponen

[2] Véase HART, *The Concept of Law* (1961), pp. 89-96.

obligaciones a los miembros de una comunidad. Las normas de derecho penal que prohíben robar, asesinar o conducir demasiado aprisa son ejemplos elocuentes de normas primarias. Normas secundarias son las que estipulan cómo y por quién pueden formarse, aprobarse, modificarse o extinguirse tales normas primarias. Las reglas que estipulan la composición del Congreso y su procedimiento legislativo son ejemplos de normas secundarias. Las normas relativas a la celebración de contratos y a la testamentaría son también secundarias, porque estipulan de qué manera determinadas normas que regulan ciertas obligaciones legales (por ejemplo, las cláusulas de un contrato o las disposiciones de un testamento) nacen y son modificadas.

Su análisis general de las normas tiene también considerable importancia.[3] Austin afirmó que toda norma jurídica es un mandato general, y que una persona queda obligada por ella cuando es susceptible de sufrir una pena en caso de que la incumpla. Hart pone de manifiesto que esto desvanece la distinción entre *ser obligado* a hacer algo y *estar obligado* a hacerlo. Cuando una persona está sometida a una norma, se halla obligada —no se ve obligada por simple coacción— a hacer lo que esa norma ordena; de ahí la diferencia entre estar sujeto a una norma y exponerse a un daño si se incumple una orden. Una norma difiere de una orden, entre otras cosas, por ser *normativa*, por establecer una pauta de comportamiento que entraña una exigencia sobre el objeto que trasciende de la posible amenaza para asegurar su cumplimiento. Una norma no será jamás obligatoria por el mero hecho de que una persona dotada de poder material

[3] *Op. cit.*, pp. 79-88.

así lo desee; esa persona ha de tener *autoridad* para emitirla o no habrá tal norma, y dicha autoridad sólo puede provenir de otra norma que obligue ya a las personas a quienes se dirige. Ésa es la diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero.

Así, en la teoría general de las normas que ofrece Hart, la autoridad de éstas no depende del poder físico de sus autores. Si examinamos de qué modo nacen las diversas normas —nos dice— y atendemos a la distinción entre normas primarias y secundarias, vemos que la autoridad de una norma tiene dos orígenes posibles.[4]

a) Una norma puede llegar a obligar a un grupo de personas porque dicho grupo *haya aceptado,* en la práctica, esa regla como patrón de conducta. No basta que el grupo simplemente se atenga a un modelo de comportamiento: aunque la mayoría de los ingleses va al cine los sábados por la tarde, no han aceptado ninguna norma que les obligue a ello. Una práctica constituye la aceptación de una norma sólo cuando quienes observan esa práctica consideran dicha norma obligatoria y la reconocen como razón o justificación de su comportamiento, y como razón para criticar el de otros que no la observan.

b) Una norma puede adquirir fuerza obligatoria de un modo completamente distinto: por haberse promulgado de conformidad con una norma *secundaria* que estipula que las normas promulgadas de ese modo deben ser vinculantes. Si la norma fundacional de un club estipula, por ejemplo, que podrán adoptarse unos estatutos por mayoría, los estatutos así votados serán vinculantes para los miembros, y no por una práctica de aceptación de esta clase de estatutos, sino

[4] *Op. cit.,* pp. 97-107.

porque la norma fundacional así lo establece. Usamos el concepto de *validez* en este sentido: las normas que son vinculantes por haberse creado de la manera estipulada por una norma secundaria son llamadas normas "válidas". Podemos, pues, consignar la distinción fundamental de Hart de este modo: una norma puede ser vinculante *a)* porque es aceptada, o *b)* porque es válida.

El concepto de derecho de Hart es una construcción elaborada con estas diversas distinciones.[5] Las comunidades primitivas poseen únicamente normas primarias, y éstas son vinculantes sólo en razón de unas prácticas de aceptación. No puede decirse que tales comunidades tienen "derecho", por cuanto es imposible allí distinguir una serie de normas legales de otras normas sociales, como requiere el primer principio del positivismo; pero, tan pronto como una comunidad establece una norma secundaria fundamental que estipula cómo se identifican las normas legales, nace la idea de conjunto diferenciado de normas legales y, por ende, de derecho.

Hart denomina tal norma secundaria fundamental "regla de reconocimiento". La regla de reconocimiento en una comunidad dada puede ser relativamente sencilla ("Lo que el Rey promulga es Ley") o muy compleja (la Constitución de los Estados Unidos, con todas sus dificultades de interpretación, cabe considerarla una regla singular de reconocimiento). La demostración de la validez de determinada norma quizás haga necesario, por tanto, un complicado examen retrospectivo de validez, que partiendo de la norma en cuestión se remonte a esa norma fundamental. Así, una ordenanza de estacionamiento de la ciudad

[5] *Op. cit.*, en varios pasajes, especialmente cap. VI.

de New Haven es válida porque ha sido adoptada por un consejo municipal, conforme a los procedimientos y dentro de la competencia que especifica la ley municipal, adoptada por el estado de Connecticut de conformidad con los procedimientos y dentro de la competencia especificada por la Constitución de dicho estado, que a su vez fue adoptada de acuerdo con los requisitos que establece la Constitución de los Estados Unidos.

Naturalmente, una regla de reconocimiento, siendo superior por hipótesis, no puede encontrar en sí misma su validez, pero tampoco puede cumplir los criterios de validez estipulados por una norma más fundamental. La regla de reconocimiento es la única norma de un sistema legal cuya fuerza de obligar depende de su aceptación. Si deseamos saber qué norma de reconocimiento ha adoptado u observa una comunidad concreta, hemos de observar cómo se comportan sus ciudadanos y, en especial, sus funcionarios. Debemos observar también qué argumentos decisivos aceptan como demostrativos de la validez de una norma determinada, y qué argumentos decisivos utilizan para criticar a otros funcionarios, o a instituciones. No podemos aplicar ningún criterio rutinario, pero no hay peligro de que confundamos la norma de reconocimiento con las normas de moralidad de una comunidad. Se identifica la norma de reconocimiento porque su ámbito es el funcionamiento del aparato estatal compuesto por cámaras legislativas, tribunales, entidades públicas, policía, etcétera.

De este modo, Hart salva los fundamentos del positivismo de entre los errores de Austin. Conviene con éste en que pueden crearse normas válidas de derecho por actos de funcionarios o instituciones públicas. Austin pensaba que la autoridad de dichas institu-

ciones residía sólo en su monopolio del poder. Hart, en cambio cifra su autoridad en las normas constitucionales que sirven de base a su actuación, normas que han sido aceptadas, en forma de norma fundamental de reconocimiento, por la comunidad que gobiernan. Este fundamento legitima las decisiones de la administración pública y les confiere la impronta y exigencia obligatoria de que carecían los puros mandatos del poder soberano propuestos por Austin.

La teoría de Hart difiere también de la de Austin en reconocer que las diversas comunidades usan diferentes criterios definitorios de lo que es derecho, y que algunas admiten otros medios de crear derecho aparte de la actuación deliberada de una institución legislativa. Hart menciona la "práctica consuetudinaria inveterada" y la "relación (de una norma) con decisiones judiciales" como otros criterios que se utilizan con frecuencia, aunque generalmente junto con el legislativo y subordinados a éste.

Así la versión del positivismo de Hart es más compleja que la de Austin, y su criterio sobre la validez de las normas jurídicas, más sofisticado. Sin embargo, ambos modelos son muy similares en un cierto aspecto. Hart, como Austin, reconoce que las normas legales tienen límites borrosos (se refiere a esto diciendo que presentan una "contextura indefinida") y, también como Austin, da razón de los casos problemáticos diciendo que los jueces gozan de potestad discrecional y la ejercitan para decidir tales casos mediante leyes *ad hoc*.[6] (Más adelante, trataré de demostrar que quien considera el derecho como un orden especial de normas tiende inevitablemente a expli-

[6] *Op. cit.*, cap. VII.

car los casos difíciles desde el punto de vista del ejercicio de una potestad discrecional por parte de una persona.)

II. Normas, principios y directrices

Deseo hacer un alegato contra el positivismo, y utilizaré la versión de H. L. A. Hart como blanco en cuanto necesite un blanco concreto. Centraré mi argumentación en el hecho de que, cuando los juristas razonan o disputan acerca de derechos y obligaciones legales, particularmente en esos casos dificultosos donde los problemas que se les plantean a propósito de estos conceptos parecen más agudos, hacen uso de pautas que no funcionan como normas jurídicas, sino en calidad de principios, directrices o normas de otra clase. Debo afirmar que el positivismo es un modelo de sistema normativo, y su noción central de un criterio fundamental único para probar la validez del derecho nos obliga a pasar por alto las importantes funciones de esas normas extrajurídicas.

Acabo de hablar de "principios, directrices o normas de otra clase". La mayor parte de las veces usaré el término "principio" genéricamente, para referirme a todo un orden de normas extrajurídicas; en ocasiones, no obstante, seré más preciso, y distinguiré entre principios y directrices. Aunque ningún pasaje del presente alegato contradirá esa distinción, debo remachar cómo la inferí. Llamo "directriz"* a la cla-

*Aunque el vocablo inglés *policy* puede significar "plan" o "política", he descartado aquí este último sentido por ambiguo. Según el *Diccionario de uso del español*, de María Moliner, "directriz" es un "conjunto de principios y propósitos que se tienen en cuenta al planear, organizar o fundar una cosa" (p. ej. "las directrices del nuevo partido"). [N. del T.]

se de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad (si bien algunos objetivos son negativos, pues estipulan que hay que proteger de alteraciones adversas ciertos aspectos actuales). Denomino "principio" a una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral. Así, la norma según la cual debe disminuirse el número de accidentes de automóvil es una directriz, y la norma de que ningún hombre puede aprovecharse de los efectos de sus propios delitos es un principio. Cabe destruir la distinción construyendo un principio que establezca una meta social (p. ej., el objetivo de una sociedad en la que ningún hombre saque provecho de su iniquidad), o construyendo una directriz que establezca un principio (p. ej., el de que el objetivo propuesto por la directriz sea meritorio) o adoptando la tesis utilitarista de que los principios de justicia son enunciados de objetivos enmascarados (ya que con ellos se trata de asegurar la máxima felicidad del mayor número de personas). Si la distinción fuese rebatida de este modo, quedarían absolutamente desvirtuadas las aplicaciones que se le dan en determinados contextos.[7]

Mi propósito inmediato es, no obstante, el de distinguir entre principios en sentido genérico y normas jurídicas. Para eso empezaré por citar algunos ejemplos de aquéllos. Los que ofrezco aquí han sido escogidos al azar; casi todas las causas contenidas en

[7] Véase DWORKIN, "Wasserstrom: The Judicial Decision", en *Ethics*, núm. 75 (1964), p. 47.

los libros de precedentes judiciales utilizados en las escuelas de derecho ofrecen ejemplos igualmente pertinentes. En 1889, un tribunal de Nueva York, en la famosa causa de *Riggs* vs. *Palmer*,[8] tuvo que decidir si un heredero instituido en el testamento de su abuelo podía heredarle por dicho testamento, aun después de haber asesinado a su abuelo con ese fin. El tribunal comenzó su argumentación con la concesión siguiente: "Es absolutamente cierto que las leyes que regulan el otorgamiento, la prueba y los efectos del testamento, y la restitución de bienes, si se interpretan literalmente, y si su vigor y eficacia no pueden en modo alguno y bajo ninguna circunstancia verificarse o modificarse, otorgan estos bienes, en propiedad al asesino".[9] Pero el tribunal hizo notar seguidamente que "la vigencia y los efectos de todas las leyes y todos los contratos pueden ser verificados a la luz de las máximas generales y fundamentales del *common law*. Nadie tiene derecho a aprovecharse de su propio fraude, o a sacar provecho de su delito, o a fundar una demanda en su propia iniquidad, o a adquirir la propiedad a consecuencia de su crimen".[10] Así pues, el asesino no entró en posesión de la herencia.

En 1960, un tribunal de Nueva Jersey hubo de abordar, en la causa de *Henningsen* vs. *Bloomfield Motors, Inc.*,[11] la importante cuestión de si (o hasta que punto) un fabricante de automóviles puede limitar su responsabilidad en caso de que éstos salgan defectuosos. Henningsen había comprado un automóvil, y firmado un contrato a tenor del cual la responsabilidad del fabricante se limitaba a la reparación

[8] 115 N. Y., 506, 22 N. E. 188 (1889).
[9] *Ibid.*, en 509. 22 N. E., 189.
[10] *Ibid.*, 511, 22 N. E.. en 190.
[11] 32 N. J. 358, 161 A. 2.° 69 (1960).

de las piezas defectuosas y que "esta garantía sustituye expresamente cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades". Henningsen alegó que, al menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debería escudarse en esta limitación, sino que habría de responder por los gastos médicos y de otra clase a cargo de las víctimas de un choque. No consiguió señalar ninguna ley, ni norma jurídica alguna aceptada que impidiera al fabricante acogerse al contrato. El tribunal, sin embargo, dio la razón a Henningsen. En diversos puntos de la argumentación del tribunal, se hicieron las siguientes remisiones a normas o pautas sociales: *a)* "Debemos tener en cuenta el principio general de que, no habiendo fraude, una persona que se niegue a leer un contrato antes de firmarlo no podrá posteriormente eximirse de las cargas derivadas de él".[12] *b)* "En la aplicación de ese principio, el dogma fundamental de la libertad de las partes capaces para contratar es un factor importante."[13] *c)* "La libertad contractual no es una doctrina tan inmutable como para no poder negar su aplicabilidad en la esfera que nos ocupa."[14] *d)* "En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento habitual y necesario para la vida diaria, y en la que su utilización se halla tan expuesta a peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante está sujeto a una obligación especial en relación con la construcción, promoción y venta de sus coches. En consecuencia, los tribunales deben examinar atentamente los contratos de compraventa, por ver si en ellos se estipulan correctamente los intereses del con-

[12] *Ibid.*, en 386, 161 A. 2° en 84.
[13] *Idem.*
[14] *Ibid.*, 388, 161 A. 2° en 86.

sumidor y el interés público."[15] *e)* "¿Existe algún principio más familiar o más firmemente arraigado en la historia del derecho anglonorteamericano que la doctrina fundamental de que los tribunales no permitirán que los utilicen como instrumentos de iniquidad e injusticia?"[16] *f)* "Más concretamente, los tribunales no suelen prestarse a la aplicación de 'pactos' en los que una de las partes se haya aprovechado de la indigencia económica de la otra..."[17]

Las normas aducidas en estas citas no son de la clase que consideramos legales. Parecen muy diferentes de proposiciones como "La máxima velocidad autorizada en la autopista de peaje es de sesenta millas por hora" o "Un testamento no es válido si no va firmado por tres testigos". La diferencia consiste en que son principios legales, y no normas legales.

Esa diferencia entre principios legales y normas legales es una distinción lógica. Ambos órdenes de normas señalan decisiones concretas sobre obligaciones legales en circunstancias determinadas, pero difieren por el carácter de la solución que ofrecen. Las normas legales son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto. Si se dan en un caso los supuestos de hecho de la norma, y ésta es válida, la respuesta que ofrece debe ser aceptada; si no es válida, no contribuye en nada a la solución.

Esta disyuntiva de "todo o nada" se ve más claramente si se examina de qué modo funcionan las normas; no las jurídicas, sino las aplicables a ciertas actividades (a un deporte, por ejemplo). Una regla del

[15] *Ibid.*, 161 A. 2° en 85.

[16] *Ibid.*, en 389, 161 A. 2° en 86 (cita del *Frankfurter Journal* en la causa *Estados Unidos versus Bethlehem Steel*, 315 U. S. 289, 326 (1942).

[17] *Idem.*

béisbol estipula que si un *striker* o bateador no contesta tres lanzamientos de pelota queda fuera de juego. Un funcionario judicial no puede, sin incurrir en incongruencia, dar por válido este enunciado de una regla de béisbol y resolver, no obstante, que un bateador que ha fallado tres *strikes* no queda fuera de juego. Desde luego, cabe admitir excepciones a la regla (el bateador que ha fallado tres *strikes* no queda *out* si el *catcher* no agarra el tercero). Sin embargo, un enunciado exacto de la regla debería tener en cuenta esta excepción, y el que la omitiera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy larga, resulta prolija su enumeración cada vez que se cita una regla; pero no hay razón alguna, en teoría, para omitir esa enumeración, y cuanto más extensa sea, más exacto será el enunciado.

Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, encontramos que las normas jurídicas, como la regla de que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, concuerdan con ese modelo. Si el requisito de los tres testigos es una norma legal válida, no es posible que un testamento firmado sólo por dos testigos tenga validez. En esta norma puede haber excepciones, y, si realmente las hay, un enunciado tan simple de ella, sin enumeración de excepciones, resulta inexacto e incompleto. En teoría al menos, pueden enumerarse todas ellas, y el enunciado será tanto más completo cuanto más numerosa sea su lista.

Pero no es así como actúan los principios expuestos en las citas a modo de muestra. Aun los que semejan mucho normas legales no establecen consecuencias jurídicas que se produzcan indefectiblemente al cumplirse las condiciones previstas. Al expresar que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio error, no queremos

decir que el derecho no autorice jamás a un hombre a sacar provecho de los errores que comete. De hecho, es frecuente que una persona se aproveche, con todas las de la ley, de sus errores legales. El caso más notorio es el de la posesión adversa: quien penetra en predio ajeno y permanece en él durante el tiempo suficiente, adquirirá algún día el derecho a cruzar ese predio siempre que quiera. Existen, empero, otros ejemplos mucho menos graves. Si un hombre abandona un puesto de trabajo, incumpliendo un contrato, para ocupar otro puesto mucho mejor remunerado, tendrá que indemnizar a su anterior patrono, pero generalmente gozará del derecho a retener el nuevo empleo. Si un recluso se fuga, estando bajo fianza, y atraviesa los límites de un estado para hacer en otro una brillante inversión, podrá ser reintegrado a la cárcel, pero los beneficios que haya obtenido quedarán de su propiedad.

Estos tres ejemplos, como otros innumerables ejemplos en contrario que cabe imaginar, no nos parecen demostrativos de que el principio de no aprovecharse de los propios errores no figura en nuestro sistema legal, o de que es incompleto y debe completarse con excepciones restrictivas. Tampoco consideramos que estos "contraejemplos" sean excepciones (al menos, en el sentido en que puede constituir excepción que un *catcher* pierda el tercer *strike*), porque no podemos pretender que sea posible englobarlos mediante un simple enunciado extensivo del principio en cuestión. Éstos no son, ni siquiera en teoría, susceptibles de enumeración, por cuanto en tal supuesto tendríamos que mencionar no sólo los casos (como el de posesión adversa) en que alguna institución haya dispuesto que se puede sacar provecho de un error, sino también los innumerables casos imaginarios en

que sabemos de antemano que el principio no sería válido. La enumeración de algunos de éstos serviría para agudizar nuestra capacidad de apreciación de la importancia del principio (dimensión a la que me referiré en breve), pero no contribuiría a un enunciado más exacto o completo.

Un principio como el mencionado ("Nadie puede sacar provecho de su delito") no implica siquiera la manifestación de las circunstancias que harían necesaria su aplicación; expone más bien una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión concreta. Si un hombre posee o está a punto de recibir algo, como consecuencia inmediata de un acto ilegal que ha cometido con ese fin, ésa es una razón que el derecho ha de tomar en consideración para decidir si ese hombre debe conservar el bien en cuestión. Puede haber otros principios o directrices a favor de la argumentación opuesta: por ejemplo, la directriz de ganar justo título o el principio que limita la pena a lo que el legislador haya estipulado. Siendo así, cabe la posibilidad de que nuestro principio no prospere; pero eso no quiere decir que éste no sea un principio propio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, en el que estas consideraciones contrarias están ausentes o atenuadas, el principio puede ser decisivo. Lo que queremos decir cuando afirmamos que un principio determinado es un principio de nuestro derecho, es que los funcionarios judiciales han de tenerlo en cuenta, si es pertinente, como argumento que puede inclinar en un sentido o en otro.

La distinción lógica entre normas y principios nos parece más clara cuando consideramos principios que no parecen normativos. Examinemos la proposición incluida en el apartado *d)* de las citas de la tesis *Hen-*

ningsen, de que "el fabricante está sujeto a una obligación especial en relación con la construcción, promoción y venta de sus coches". No se trata con ello de especificar los deberes que tal obligación entraña, o manifestar qué derechos adquieren, en consecuencia, los usuarios de automóviles. Afirma simplemente —y éste es un eslabón fundamental de la argumentación de *Henningsen*— que los fabricantes de automóviles deben atenerse a normas de mayor rango que otros fabricantes, y gozar en menor medida que éstos del derecho a valerse del principio contradictorio de libertad contractual. Esto no significa que no puedan jamás recurrir a dicho principio, o que los tribunales den nueva redacción a los contratos de compra de automóviles según su arbitrio; quiere decir únicamente que, si una cláusula determinada parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se refiriese a la compra de corbatas. La "obligación especial" inclina a adoptar el fallo de no ejecutar los términos de un contrato de compra de un automóvil, pero no impone tal decisión.

Esta primera diferencia entre normas y principios implica otra más. Los principios tienen una dimensión de la que carecen las normas jurídicas: la dimensión de peso específico o importancia. Cuando se entrecruzan varios principios (por ejemplo, cuando la directriz de proteger a los consumidores de automóviles concurre con el principio de libertad contractual), quien debe resolver el conflicto ha de tener en cuenta la importancia relativa de cada uno. No es ésta, desde luego, una valoración exacta, y la estimación de que un principio o directriz en concreto es más importante que otro será, en múltiples ocasiones, discutible. No obstante, forman parte integrante del concepto de principio jurídico dos aspectos: que tiene la dimen-

sión aludida, y que la pregunta sobre su peso específico o importancia no carece de sentido.

Las reglas no poseen esa dimensión. Podemos hablar de reglas importantes o no importantes *en el aspecto funcional* (la regla del béisbol según la cual tres *strikes* determinan la situación de "fuera" es más importante que la que autoriza a los corredores a robarse una base, porque la alteración de la primera entrañaría una modificación mucho mayor que la de la segunda). En tal sentido, una norma legal puede ser más importante que otra porque influya con mayor intensidad o de manera más significativa en la regulación de un comportamiento; pero no podemos afirmar que una norma es más importante que otra dentro del sistema normativo de suerte que, en caso de conflicto entre ambas, deba prevalecer una por virtud de su mayor importancia. En caso de conflicto de normas, una de éstas no es válida. La decisión de cuál es válida y cuál debe abandonarse o desecharse ha de tomarse atendiendo a consideraciones ajenas a ellas. Un ordenamiento jurídico podría regular tales conflictos por otras normas, que dieran preferencia a la promulgada por la autoridad de mayor rango, o a la promulgada en fecha posterior, o a la más especializada o que establecieran otras clases de prelación. Por otro lado, un ordenamiento jurídico puede dar primacía a la norma apoyada en principios más importantes. (El nuestro hace uso de ambas técnicas.)

No siempre se desprende claramente de la forma de una norma si ésta es una norma jurídica o un principio. La idea "Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos" no difiere mucho, en el aspecto formal, de la que expresa "Nadie puede aprovecharse de su propio delito"; pero quien conozca, siquiera someramente, el derecho norteamericano sabe

distinguir en la primera de esas ideas el enunciado de una norma y en la segunda la afirmación de un principio. En muchos casos, esta distinción es difícil de hacer: cabe que no se haya dispuesto en qué calidad deberá aplicarse la regla en cuestión, y que este aspecto sea objeto de controversia. La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos dispone que el Congreso no debe restringir la libertad de expresión; pues bien: ¿se trata de una norma y, en consecuencia, una ley que limitara dicha libertad sería anticonstitucional? Quienes sostienen que esa enmienda es una prohibición absoluta afirman que debe tomarse así, es decir, en calidad de norma. ¿O expresa, en cambio, un principio, de modo que, cuando se descubra una ley restrictiva del libre uso de la palabra se considerará anticonstitucional sólo en el caso de que el contexto no presente alguna directriz o principio lo bastante importante, dadas las circunstancias, como para justificar tal restricción? Esta última es la postura de quienes abogan por el criterio del llamado "riesgo actual e inminente" o por alguna otra forma de atenuación.

A veces, una norma y un principio desempeñan la misma función, y la diferencia entre ambos se reduce casi exclusivamente a una cuestión formal. El artículo primero de la Ley Sherman declara nulos los contratos restrictivos del comercio. Pues bien: el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse acerca de si esta disposición debía ser considerada una norma en sus propios términos (es decir, impugnación de todo contrato "que limite el comercio", lo que casi todos los contratos hacen) o un principio que establece una razón para impugnar un contrato en ausencia de otras directrices eficaces en contrario. Dicho tribunal interpretó esa disposición como norma, pero cual si contuviera el

término "inmoderada" y prohibiera sólo la limitación "inmoderada" del comercio.[18] Con esto, se hizo posible que esa disposición funcionara lógicamente como norma jurídica (siempre que un tribunal aprecie una restricción "inmoderada" estará obligado a declarar inválido el contrato) y sustancialmente como principio (un tribunal debe tener en cuenta diversidad de principios y directrices para establecer si una restricción determinada, en ciertas circunstancias económicas, es "inmoderada").

Desempeñan a menudo esta misma función palabras como "razonable", "injusto" e "importante". Cada uno de estos términos hace depender, hasta cierto punto, la aplicación de la norma que lo contiene de principios o directrices ajenos a la norma, y de esta manera la asemeja más a un principio; pero no hasta el extremo de convertir la norma en un principio, porque aun la más leve delimitación de estos términos deslinda la *clase* de principios y directrices en que se apoya la norma. Si estamos sujetos a una norma legal que declara que los contratos "inmoderados" son nulos, o que los contratos abiertamente "injustos" no deben ejecutarse, habremos de enjuiciar la cuestión con mayor detenimiento que si dichos términos se hubieran omitido. Supongamos, no obstante, una causa en la que una consideración de directrices y principios lleve a la conclusión de que un contrato debe ejecutarse aunque su restricción es inmoderada, o a pesar de que es abiertamente injusto. La ejecución de tales contratos estaría prohibida por nuestras normas, y sólo podría admitirse, por tanto, si ellas fueran derogadas o modificadas. Si se trata, empero, no de una nor-

[18] Pleito *Standard Oil versus Estados Unidos*, 221 U.S. 1, 60 (1911); y *Estados Unidos versus American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 180 (1911).

ma legal, sino de una directriz contraria a la ejecución de contratos inmoderados, o de un principio en virtud del cual los contratos injustos no deben aplicarse, éstos pueden ejecutarse sin que ello implique una infracción legal.

III. Los principios y el concepto de derecho

Tan pronto como identificamos los principios del derecho como un orden peculiar de normas, diferente de las normas jurídicas, descubrimos súbitamente su presencia en torno nuestro. Los profesores de derecho los enseñan, los textos jurídicos los citan, los historiadores del derecho los celebran; pero estos principios parecen funcionar de modo más enérgico, revestir más importancia, en pleitos difíciles como las causas de *Riggs* y *Henningsen*. En causas como éstas, los principios tienen una influencia fundamental en alegatos a favor de determinados derechos y obligaciones legales. Una vez dictada la sentencia, podemos decir que el fallo responde a una norma concreta (p. ej., la que declara indigno para la sucesión al asesino del testador); pero esa regla no existía antes de la sentencia; el tribunal aduce principios en justificación de la adopción y aplicación de una nueva norma. En la causa *Riggs*, el tribunal citó el principio de que nadie puede aprovecharse de su error como regla previa con arreglo a la cual debía entenderse la ley testamentaria, y justificó de este modo una nueva interpretación de ésta. En la causa *Henningsen*, el tribunal trajo a colación una serie de principios y directrices entrelazados, en apoyo de una norma de nueva creación sobre la responsabilidad del fabricante por defectos de sus automóviles.

El análisis del concepto de obligación legal debe, pues, explicar la importancia de los principios en la consecución de determinados fallos. Podemos tomar dos actitudes muy diferentes al respecto:

a) Medir los principios jurídicos con el mismo rasero que las normas jurídicas y decir que algunos principios tienen fuerza de ley y deben ser respetados por jueces y abogados llamados a resolver sobre obligaciones legales. Si seguimos esta vía, hemos de afirmar que, al menos en los Estados Unidos, el "derecho" engloba tanto principios como normas.

b) Por otra parte, podríamos negar que los principios puedan obligar del mismo modo que las normas jurídicas. Diríamos, en cambio, que en causas como las de *Riggs* y *Henningsen* el juez busca, más allá de las normas que debe aplicar (o sea, más allá del derecho positivo), principios extrajurídicos que es libre de observar si le parece oportuno.

Cabe pensar que no hay mucha diferencia entre estos dos planes de acción, y que en ambos casos se trata de una aplicación peculiar de la palabra "derecho"; pero esto es un error, pues la elección entre estas dos explicaciones es de enorme trascendencia para el análisis de la obligación legal. Es una disyuntiva entre dos *conceptos* de un principio jurídico, una opción que podemos esclarecer comparándola a la elección que cabe efectuar entre dos nociones de norma legal. Se dice a veces, de una persona determinada, que "tiene por norma" hacer una cosa, en el sentido de que ha decidido observar una cierta práctica. Podemos decir, por ejemplo, que alguien tiene por norma correr dos kilómetros antes del desayuno porque quiere estar sano y ha puesto fe en un régimen. No queremos expresar con ello que esa persona

esté sujeta a una norma que le obliga a correr dos kilómetros antes del desayuno, ni tampoco que considere obligatoria esa práctica. Aceptar una norma como obligatoria es distinto de tener por norma hacer algo. Volviendo al ejemplo de Hart, es diferente decir que los ingleses tienen por norma ver una película una vez por semana, de afirmar que entre ellos existe una norma en virtud de la cual deben ver una película una vez por semana. La segunda idea significa que si un inglés no cumpliera esa norma se expondría a críticas o censuras, lo que no sucede en el primer caso. La primera noción no excluye la posibilidad de una *especie* de crítica (pues cabe afirmar que quien no ve películas descuida su formación); pero no implica que quien no cumpla esa regla esté cometiendo un error *precisamente* por incumplirla.[19]

Si consideramos a los jueces de una colectividad como estamento, podemos describir de dos maneras las normas jurídicas que observan. Cabe que digamos, por ejemplo, que en cierta situación los jueces tienen por norma no ejecutar los testamentos en que no figuren tres testigos. Esto no significa que los pocos jueces que hagan valer dichos testamentos cometan un error al proceder así. Por otro lado, podemos decir que en esa situación rige una norma jurídica que prohíbe a los jueces ejecutar tales testamentos; esto implica que el juez que los ejecute cometerá un error. Hart, Austin y otros positivistas sostienen, naturalmente, esta última consideración de las normas legales; no les satisface en absoluto la explicación a base de la locución "tener por norma". Sin embargo, no se

[19] Esta distinción es en sustancia la misma que hizo RAWLS en "Two Concepts of Rules", en *Philosophical Review*, núm. 64 (1955), p. 3.

trata de determinar cuál de las dos explicaciones es la correcta, sino cuál de ellas describe con más exactitud la realidad social. De la aceptación de una u otra se derivan otras importantes consecuencias. Si los jueces simplemente "tienen por norma" no ejecutar ciertos contratos, por ejemplo, no podremos, antes del fallo, afirmar que alguien "tiene derecho" a ese resultado, ni aducir tal proposición como posible justificación del fallo.

Las dos concepciones sobre los principios corren paralelas a estas dos explicaciones de las normas jurídicas. La primera dirección trata los principios como normas vinculantes para los jueces, de modo que éstos cometerían un error si no aplicaran los que son pertinentes. El segundo planteamiento considera los principios como resúmenes de las pautas que los jueces seguirían "por principio" si se vieran obligados a indagar más allá de las normas vinculantes. La elección entre estos planteamientos modifica, y quizás incluso determina, la respuesta que pueda darse a la cuestión de si un juez, en una causa difícil como la de *Riggs* o *Henningsen,* trata de hacer valer derechos y obligaciones legales preexistentes. Si tomamos la primera dirección, nos cabe todavía la posibilidad de argumentar que, puesto que tales jueces aplican normas legales vinculantes, ejecutan derechos y obligaciones legales; pero si tomamos la segunda, ese argumento resulta inadmisible, y habremos de reconocer que tanto los familiares del asesino en el caso *Riggs* como el fabricante en el caso *Henningsen* fueron desposeídos de bienes propios por un acto de arbitrio judicial aplicado con carácter retroactivo *(ex post facto).* Esto podrá no sorprender a muchos lectores —la noción de arbitrio judicial ha rebasado el ámbito del derecho—; pero ilustra, sin duda, uno de los más espinosos enig-

mas que hace cavilar a los filósofos en torno a la obligación legal. Si el desposeimiento de bienes propios en casos como éstos no puede justificarse apelando a una obligación reconocida, debe encontrarse otra justificación, y hasta ahora no se ha aportado ninguna satisfactoria.

En el esquema estructural del positivismo que propuse anteriormente, enumeré la doctrina del arbitrio judicial como segundo dogma. Los positivistas sostienen que, cuando un supuesto no está previsto en ninguna norma clara, el juez debe ejercitar su potestad arbitral para decidir el caso mediante lo que representa una nueva norma legal. Debe existir una relación importante entre esta doctrina y la cuestión de cuál de los dos planteamientos de los principios jurídicos hemos de adoptar. Nos importará, pues, indagar si la doctrina es correcta y si entraña el segundo planteamiento como a primera vista parece. En camino hacia esas cuestiones, empero, hemos de pulir nuestro entendimiento del concepto de arbitrio judicial. Trataré de demostrar cómo ciertas confusiones sobre este concepto y, en particular, el fallido intento de distinguir sus diversas acepciones explican la popularidad de la doctrina del arbitrio judicial. Argumentaré que esa doctrina, en el sentido en que guarda relación con nuestra consideración de los principios, no encuentra ningún apoyo en los argumentos que los positivistas aducen para defenderla.

IV. El arbitrio judicial

El concepto de arbitrio fue extraído del lenguaje ordinario por los positivistas, y para entenderlo hemos de situarlo por un momento en su antiguo con-

texto. ¿Qué significado tiene, en la vida ordinaria, la expresión de que alguien "puede decidir según su arbitrio"? Lo primero que se advierte es que el concepto está fuera de lugar, salvo en contextos muy especiales. Por ejemplo, no tiene sentido decir que yo tengo o no tengo arbitrio para elegir una casa destinada a mi familia. No es cierto que carezco de la facultad de hacer esa elección según mi prudente arbitrio; pero sería igualmente engañoso afirmar que tenga esa posibilidad. El concepto de arbitrio encaja sólo en una clase de contexto: cuando alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a normas establecidas por una autoridad determinada. Tiene sentido hablar del arbitrio de un sargento sujeto a órdenes de sus superiores, o del de un funcionario de deportes o del juez de una competición, regido por un reglamento o por las condiciones de esa competición. El arbitrio, como el centro de un anillo, no existe más que como un campo abierto rodeado por un cinturón circundante de limitaciones. Es, por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tendrán sentido las preguntas: "¿Arbitrio bajo qué normas?" o "¿Arbitrio respecto a qué autoridad?" Generalmente, podrá responderse a ellas fácilmente por el contexto, pero en algunos casos a un funcionario le será posible actuar según su arbitrio desde un punto de vista, pero no desde otro.

Como es común a casi todos los vocablos, el significado preciso de la palabra "arbitrio" está condicionado por los caracteres del contexto. Este término se halla siempre matizado por el fondo de datos sobrentendidos con el cual se emplea. Aunque los matices son muchos, nos podrá ser útil hacer algunas distinciones generales.

A veces usamos "arbitrio" en un sentido débil, sencillamente al decir que, por alguna razón, las normas

que un funcionario debe aplicar no pueden observarse maquinalmente, sino que precisan de un raciocinio. Utilizamos este sentido débil cuando el contexto no deja eso en claro, cuando el ámbito que nuestro auditorio admite no contiene esa información. Así, podemos decir que "las órdenes dadas al sargento le dejaban un amplio margen de arbitrio" a interlocutores que no saben cuáles eran esas órdenes o desconocen un hecho que daba vaguedad a ellas o las hacía difíciles de cumplir. Tendría perfecto sentido añadir, a modo de ampliación, que el teniente había ordenado al sargento que eligiera a los cinco hombres más experimentados de la patrulla, pero resultaba difícil determinar cuáles eran los que reunían esa condición.

A veces usamos el término en un sentido débil diferente, al decir tan sólo que un funcionario tiene autoridad terminante para tomar una decisión que no pueda ser anulada por ningún otro. Hablamos de este modo cuando aquél forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal suerte que algunos de ellos tienen autoridad superior, pero en la cual los modelos de autoridad son diferentes para las diversas clases de decisiones. Así, diremos que en el béisbol ciertas decisiones, como la de si la pelota o el corredor llegó en primer lugar a la segunda base, se dejan a merced del árbitro de la segunda base, refiriéndonos a que en esta materia el árbitro jefe no tiene la potestad de imponer su criterio si disiente.

Llamo débiles a estos dos sentidos para distinguirlos de un sentido más fuerte. A veces no utilizamos el término "arbitrio" simplemente para afirmar que un funcionario debe hacer uso de su discernimiento para aplicar las normas que le son impuestas por la autoridad, sino para significar que en ciertas materias no está vinculado a las normas establecidas por la

autoridad en cuestión. En tal sentido, decimos que un sargento tiene posibilidad de decidir según su arbitrio si se le ha ordenado elegir cinco hombres para la patrulla que debe formar, o que el juez de una exposición canina puede decidir según su arbitrio si debe juzgar a los *foxterriers* antes que a los *boxers* cuando las normas no estipulan un orden de actuaciones. No utilizamos este sentido para comentar sobre la vaguedad o dificultad de las normas, o sobre quién tiene la última palabra en cuanto a su aplicación, sino sobre su alcance y las decisiones que parecen regular. Si se ordena a un sargento que admita a los cinco hombres más experimentados, no goza de arbitrio en este sentido más fuerte, porque esa orden representa una regulación de su decisión. Por ese mismo motivo, el árbitro de boxeo que ha de decidir qué púgil ha sido el más agresivo carece de arbitrio en sentido fuerte.[20]

Si alguien dijese que el sargento o el árbitro tenía arbitrio en estos casos, habríamos de interpretar esta afirmación, si lo permitiese el contexto, como si se hubiera tomado el término en uno de los sentidos débiles mencionados. Supongamos, por ejemplo, que el teniente ordenase al sargento seleccionar los cinco hombres que juzgase más experimentados y añadiese a continuación que el sargento tenía la posibilidad de elegirlos a su arbitrio; o que el reglamento dispusiera que el árbitro debía declarar vencedor del asalto al pú-

[20] No he hablado del tan traído y llevado concepto jurisprudencial del arbitrio "limitado", porque no presenta especiales dificultades, dada la relatividad del arbitrio. Supongamos que se ordena al sargento que escoja "entre" hombres experimentados, o que "tenga en cuenta la experiencia". Podría decirse que goza de arbitrio limitado para reclutar su patrulla, o bien de arbitrio pleno para optar entre escoger hombres con experiencia o adoptar, además, otros requisitos.

gil más agresivo, pudiendo elegirlo a su arbitrio. Habríamos de entender estas afirmaciones en el segundo sentido débil, o sea, con referencia a la cuestión de revisión de la decisión. El primer sentido débil —que las decisiones admiten discernimiento— sería ocioso, y el tercero —fuerte— quedaría excluido por el mismo carácter de las afirmaciones.

Hemos de soslayar una tentadora confusión. El sentido fuerte del arbitrio no es equivalente a libertad de acción, ni excluye un juicio crítico. En casi todas las situaciones en que actúa la persona —incluidas aquellas en las que no se trata de decidir con sumisión a una autoridad especial y no se plantea, por tanto, la cuestión del arbitrio— son pertinentes ciertas normas de racionalidad, justicia y eficacia. Criticamos recíprocamente nuestros actos sobre la base de estas normas, y no hay razón que nos lo impida cuando los actos están más bien hacia el centro que fuera de la órbita de una autoridad especial. Así, podemos decir que el sargento a quien se concedió arbitrio (en sentido fuerte) para constituir una patrulla lo hizo de manera estúpida, maliciosa o descuidada, o que el juez que gozaba de arbitrio en orden al examen de los perros se equivocó, porque admitió primero a los *boxers* aunque los *airedales* fueran sólo tres y los *boxers* muchos más. El arbitrio de un funcionario no significa que sea libre de decidir sin atender a normas de sensatez y justicia, sino sólo que su decisión no está regida por una norma dictada por la autoridad concreta en la que pensamos cuando planteamos la cuestión del arbitrio. Sin duda, esta última clase de libertad es importante; de ahí el sentido fuerte de arbitrio. Quien tenga discreción en este tercer sentido podrá ser criticado, pero no por desobediencia, como en el caso del soldado; cabrá decir que ha cometido un error, pero no

que ha privado a un participante de un fallo al que éste tenía derecho, como en el caso de un árbitro deportivo o un juez de concurso.

Hechas estas observaciones, ahora podemos volver a la doctrina positivista del arbitrio judicial. A tenor de dicha doctrina, si una causa no está regida por una norma preestablecida, el juez debe fallar mediante el ejercicio de su arbitrio. Necesitamos examinar esta doctrina y verificar su relación con nuestra exposición de los principios; pero ante todo hemos de preguntar con arreglo a qué sentido de arbitrio tenemos que interpretarla.

Algunos nominalistas argumentan que a los jueces les corresponde siempre arbitrio, aun cuando sea aplicable al caso una norma clara, porque los jueces son en definitiva los árbitros últimos del derecho. Esta doctrina del arbitrio utiliza el segundo sentido débil del término, pues hace hincapié en que ninguna autoridad superior revisa las decisiones del tribunal de más alto rango. No tiene, por tanto, relación con la cuestión de cómo explicamos los principios, sino que atañe más bien a nuestra manera de explicar las normas.

Los positivistas no se refieren a su doctrina en estos términos, porque dicen que un juez no goza de arbitrio cuando dispone de una norma clara y reconocida. Si atendemos a los argumentos de los positivistas a favor de esta doctrina, podemos suponer que utilizan el término "arbitrio" en el primer sentido débil, para significar solamente que los jueces deben a veces ejercitar su discernimiento al aplicar normas legales. Su argumentación llama la atención sobre el hecho de que algunas normas jurídicas son vagas —el profesor Hart, por ejemplo, dice que todas las normas jurídicas tienen "estructura indeterminada"—,

y de que se plantean casos —como el *Henningsen*— en los que no parece aplicable ninguna norma reconocida. Aducen que los jueces deben a veces desvivirse por cuestiones de derecho, y que dos jueces con la misma formación y el mismo grado de inteligencia discreparán a menudo.

Estas afirmaciones se hacen con facilidad; son lugares comunes para cualquiera que tenga cierta familiaridad con el derecho. Realmente, ahí radica la dificultad de suponer que los positivistas se proponen utilizar "arbitrio" en este sentido débil. La proposición de que cuando no hay norma clara disponible debe utilizarse el arbitrio en el sentido de discernimiento es una tautología; además, no tiene nada que ver con el problema de cómo explicar los principios del derecho. Es perfectamente coherente la afirmación de que el juez, en la causa *Riggs*, por ejemplo, tuvo que aplicar su discernimiento y de que estaba obligado a respetar el principio de que ningún hombre puede aprovecharse de sus errores. Los positivistas se expresan como si su doctrina del arbitrio judicial fuese una agudeza de ingenio en vez de una tautología, y como si se refiriese a la consideración de los principios. Hart, por ejemplo, dice que cuando el arbitrio del juez está en juego, no se puede hablar ya de su sumisión a normas, sino más bien de qué normas "utiliza por regla general".[21] Hart cree que cuando los jueces ejercitan su arbitrio, los principios que citan deben considerarse a tenor del segundo planteamiento, como lo que los tribunales suelen hacer "por principio".

Parece, pues, que los positivistas, siquiera algunas veces, toman su doctrina en el tercer sentido—fuerte—

[21] HART, *The Concept of Law* (1961), p. 144.

del arbitrio, si bien, en ese sentido, dicha doctrina atañe al manejo de los principios y ciertamente no representa ni más ni menos que una reiteración de nuestro segundo planteamiento. Es lo mismo decir que un juez tiene arbitrio cuando le faltan normas aplicables, en el sentido de que no está sujeto a ninguna norma con fuerza de ley, que decir que las pautas jurídicas que los jueces citan aparte de las normas jurídicas no les vinculan.

Así pues, debemos considerar la doctrina del arbitrio judicial en sentido fuerte. (En lo sucesivo, utilizaré el término "arbitrio" en tal sentido.) Los principios que citan los jueces en causas como las de *Riggs* o *Henningsen* ¿rigen sus fallos, como la orden dada al sargento de admitir a los hombres más experimentados y el deber del árbitro de elegir al púgil más agresivo rigen las decisiones de estos funcionarios? ¿Qué argumentos aduciría un positivista para demostrar que no?

1) Un positivista podría argumentar que los principios no pueden ser obligatorios o vinculantes. Eso sería, empero, un error. Naturalmente, queda en pie la cuestión de si un principio determinado vincula de hecho a un funcionario judicial; pero no hay nada en el carácter lógico de un principio que le niegue fuerza vinculante. Supongamos que el juez de la causa *Henningsen* hubiera pasado por alto el principio de que los fabricantes de automóviles tienen un deber especial para con los usuarios, o el principio de que los tribunales traten de proteger a las partes cuya posición negociante sea más débil, y hubiera decidido simplemente a favor del demandado citando, sin más, el principio de libertad contractual. Sus críticos no se habrían contentado con señalar que no había tenido

en cuenta consideraciones que otros jueces han atendido durante algún tiempo; los más hubieran dicho que el juez tenía el deber de formarse una opinión cabal de estos principios, y el demandante, el derecho de exigir que lo hiciera. Nosotros no queremos significar otra cosa cuando decimos que una norma es vinculante para el juez, que éste debe observarla si es aplicable y que, si no lo hace, habrá cometido el error consiguiente.

Y no sirve aducir que en una causa como la de *Henningsen* el tribunal está obligado sólo "moralmente" a tomar en consideración determinados principios, o que lo está "de modo institucional" o por razón de su oficio, o algo parecido. Con ello, queda en pie la cuestión de por qué esta clase de obligación (como quiera que la llamemos) es diferente de la obligación que las normas imponen a los jueces, y por qué nos autoriza a decir que los principios y las directrices no forman parte del derecho, sino que son solamente pautas extrajurídicas "que los tribunales utilizan de modo peculiar".

2) Un positivista podría argumentar que, aunque algunos principios son vinculantes, en el sentido de que el juez debe tenerlos en cuenta, no pueden determinar un resultado peculiar. Éste es un argumento más difícil de ponderar, porque no está claro el sentido en que una norma "determina" un resultado. Quizá signifique esto que la norma *dicta* el resultado siempre que es aplicable, de tal modo que no vale ninguna otra. Siendo así, es indudable que los principios singulares no determinan resultados, pero esta afirmación es sólo otra manera de decir que los principios no son normas.

Únicamente las normas dictan resultados, venga

lo que venga. Cuando se llega a un resultado contrario es que la norma ha sido derogada o modificada. Los principios no tienen esa clase de eficacia: inclinan el fallo en un sentido, aunque no de manera concluyente, y quedan incólumes cuando no prevalecen. Esto no parece una razón para concluir que los jueces que deben contar con los principios gozan de arbitrio porque una serie de principios *puede* dictar un resultado. Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección, y que los principios que apuntan en otra —si los hay— no son del mismo valor, debe decidir en consecuencia, del mismo modo que ha de acatar lo que considera una norma vinculante. Puede, desde luego, equivocarse en su valoración de los principios, pero también puede errar en su estimación de que la norma es vinculante. Cabe añadir que el sargento y el árbitro corren con frecuencia la misma suerte. Ningún factor dicta qué soldados son los más experimentados o qué púgiles los más agresivos. Estos funcionarios deben hacer juicios valorativos de la importancia relativa de estos diversos factores; pero no por ello gozan de arbitrio.

3) Un positivista, por otra parte, podría argüir que los principios no tienen valor de ley, porque su autoridad y, con mayor razón, su importancia son por esencia *discutibles*. Verdad es que generalmente no podemos *demostrar* la autoridad o importancia de un principio determinado de la misma manera que a veces demostramos la validez de una norma basándola en un acto legislativo del Congreso o en la opinión de un tribunal competente. En cambio, propugnamos un principio y su importancia recurriendo a una amalgama de prácticas y de preceptos, cuyas connota-

ciones de historia legislativa y judicial van acompañadas de remisiones a usos e interpretaciones sociales. No existe un criterio válido para comprobar la plausibilidad de esta argumentación: es materia opinable, y los hombres razonables pueden estar en desacuerdo. Pero tampoco en esto se distingue el juez de otros funcionarios que carecen de arbitrio. El sargento no dispone de piedra de toque para medir la experiencia, ni el árbitro la posee para comprobar el grado de agresividad. Ninguno de los dos tiene arbitrio, porque está obligado a elegir una interpretación, polémica o no, de lo que requiere la orden o la norma, y a actuar de acuerdo con esa interpretación. Éste es también el deber del juez.

Naturalmente, si a los positivistas les asiste la razón en otra de sus doctrinas (la teoría de que en todo ordenamiento jurídico existe un *criterio* concluyente del carácter vinculante de la ley, como la regla del reconocimiento del profesor Hart), se deduce que los principios no tienen fuerza de ley; pero difícilmente puede tomarse la incompatibilidad de los principios con la teoría positivista como argumento a favor de que los principios deban considerarse en un sentido determinado, pues eso sería dar por supuesto lo que aún no está demostrado. Nos interesa la condición de los principios porque queremos valorar el modelo positivista. Los positivistas no pueden defender por decreto su teoría de la regla de reconocimiento; si los principios no son susceptibles de prueba, deberán aducir otra razón de su carácter no jurídico. Como los principios parecen ejercer influencia en las discusiones sobre obligaciones legales (de ello dan testimonio también *Riggs* y *Henningsen*), un modelo que sostenga esa influencia tiene una ventaja inicial sobre el

que la excluya, y este último no puede propiamente alegarse en su defensa.

Éstos son los argumentos más evidentes que un positivista podría usar a favor de la doctrina del arbitrio en sentido fuerte, y a favor del segundo planteamiento de los principios. Mencionaré un segundo argumento en contra de esa doctrina y en pro del primer planteamiento. Muy pocas normas, o ninguna, pueden considerarse obligatorias para los jueces, a no ser que se reconozcan algunos principios vinculantes que en conjunto les obligan a tomar determinadas decisiones.

En la mayor parte de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente en Inglaterra también, no es infrecuente que los tribunales superiores rechacen normas reconocidas. Las normas del *common law* —las creadas por sentencias previas de los tribunales— son a veces anuladas directamente y en otras ocasiones modificadas radicalmente por fallos posteriores. Las normas legales están sujetas a interpretaciones sucesivas, aun en casos en que el resultado no es la realización del llamado "intento legislativo".[22] Si los tribunales pueden modificar a su arbitrio normas reconocidas, éstas dejan, por supuesto, de obligarles, y no constituyen ya derecho según el modelo positivista. Los positivistas, por tanto, deben argumentar que existen normas —obligatorias para los jueces— que determinan en qué circunstancias está autorizado un juez a rechazar o modificar una norma establecida y en qué otras no puede hacerlo.

Entonces, ¿cuándo se permite a un juez modificar

[22] Véase WELLINGTON y ALBERT, "Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on *Sinclair versus Atkinson*", en *Yale Law Journal*, núm. 72 (1963), p. 1547.

una norma jurídica existente? Los principios dan respuesta a esa interrogante, en dos sentidos. En primer lugar, es necesario, aunque no suficiente, que el juez estime que la modificación en cuestión favorecerá una directriz o servirá a algún principio, y que esa directriz y ese principio justifican la modificación. En el pleito *Riggs*, la modificación —una nueva interpretación de las normas sobre testamentos— estaba justificada por el principio de que ningún hombre debe aprovecharse de sus errores; en el pleito *Henningsen*, se modificaron ciertas normas sobre responsabilidad del fabricante de automóviles con arreglo a los principios y directrices —que he citado— de la opinión del tribunal.

Pero no todos los principios sirven para justificar una modificación de esta clase, o ninguna norma jurídica estaría a salvo. En cada caso, habrá principios aplicables y otros que no influirán en absoluto, y principios que regirán con mayor fuerza que los demás. No puede depender de las preferencias personales del juez la elección entre un maremágnum de respetables normas extrajurídicas, cualquiera de ellas aceptable en principio, porque, si así fuera, no podríamos afirmar la existencia de normas vinculantes. Siempre cabría imaginar un juez cuyas preferencias entre normas extrajurídicas fuesen tales que justificaran una modificación o una interpretación radicalmente nueva de la norma más arraigada.

En segundo lugar, cualquier juez que se proponga modificar la doctrina existente debe tener en cuenta algunas normas importantes que desaconsejan las desviaciones de la doctrina reconocida, y estas normas son en su mayoría principios. Entre ellas figura la doctrina de la "supremacía legislativa", conjunto de principios y directrices que exigen al tribunal prestar

especial acatamiento a las normas emanadas del poder legislativo; comprenden asimismo la doctrina de los precedentes, otro conjunto de principios y directrices que reflejan el valor y la eficacia de la coherencia. Las doctrinas de la supremacía legislativa y de los precedentes inclinan a respetar el *statu quo*, cada una en su ámbito, pero no lo imponen. Los jueces no son libres, empero, de escoger entre los principios y directrices que componen estas doctrinas; si lo fueran, tampoco en este caso podría considerarse vinculante ninguna norma.

Consideremos, pues, a qué puede referirse quien diga que una norma determinada es vinculante. Quizá signifique con ello que la norma está positivamente apoyada en principios que el tribunal no es libre de desestimar y que en conjunto son más importantes que otros justificativos de una modificación, o bien se refiera al hecho de que cualquier cambio puede ser impugnado por una combinación de principios conservadores de supremacía legislativa y precedentes que el tribunal no puede libremente desconocer. Con harta frecuencia se referirá a ambos aspectos, ya que los principios conservadores, siendo principios y no normas, no son habitualmente lo bastante pujantes como para salvar una norma de *common law* o una ley obsoleta que no encuentra ningún apoyo en los principios sustantivos que el tribunal está obligado a respetar.

Cualquiera de estas implicaciones, naturalmente, considera derecho un cuerpo de principios y directrices, en el mismo sentido en que lo son las normas jurídicas; los acoge como normas que obligan a los funcionarios de una colectividad y regulan sus decisiones sobre derechos y obligaciones legales.

Nos quedamos con esta conclusión. Si la teoría positivista del arbitrio judicial es trivial porque utiliza "arbitrio" en sentido débil, o infundada porque los diversos argumentos que podemos esgrimir en su defensa son insuficientes, ¿cómo es que la han adoptado tantos juristas esmerados e inteligentes? No podemos confiar en nuestro planteamiento de esa teoría mientras no resolvamos esta cuestión. No basta con señalar (aunque esto acaso contribuya a hallar una explicación) que el término "arbitrio" tiene diversas acepciones que pueden confundirse. No confundimos estas acepciones cuando no pensamos sobre el derecho.

Parte de la explicación reside, desde luego, en la tendencia natural del jurista a asociar leyes y normas, y a considerar el derecho como un acervo o sistema de normas. Roscoe Pound, que diagnosticó esa tendencia hace muchos años, pensaba que los juristas de habla inglesa se veían inducidos a ella por el hecho de que en dicha lengua se utiliza el mismo término *law* para designar los conceptos "ley" y "derecho", cambiando sólo el artículo.[23] (Otros idiomas, en cambio, hacen uso de dos palabras: *loi y droit,* y *Gesetz y Recht,* por ejemplo.) Esto puede haber surtido su efecto entre los positivistas de habla inglesa, ya que la expresión "una ley" *(a law)* sugiere ciertamente una norma; pero la razón principal de la asociación de derecho con normas es más profunda y reside —creo— en el hecho de que la formación jurídica ha consistido durante mucho tiempo en enseñar y examinar las normas reconocidas que constituyen el filo cortante del derecho.

[23] R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (edición revisada, 1954), p. 56.

De todos modos, si un jurista considera que el derecho es un sistema normativo y, sin embargo, reconoce, como debe, que los jueces modifican antiguas normas e introducen otras nuevas, se adherirá naturalmente a la teoría del arbitrio judicial en sentido fuerte. En aquellos otros sistemas de normas sobre los que tiene experiencia (como los reglamentos de determinados juegos), tales normas constituyen la única autoridad especial que rige las decisiones oficiales, de modo que si un árbitro pudiera modificar una regla, tendría arbitrio en cuanto al contenido de ella. Los principios que los árbitros pudieran alegar al modificar las reglas representarían sólo sus preferencias "características". Los positivistas tratan el derecho como el reglamento de béisbol revisado de este modo.

Existe otra consecuencia más sutil de esta hipótesis inicial de que el derecho es un sistema normativo. Cuando los positivistas atienden efectivamente a principios y directrices, los tratan como normas frustradas. Suponen que si son pautas de derecho deben ser normas jurídicas y, así, los toman como pautas que aspiran a ser normas. Cuando un positivista oye a alguien argumentar que los principios jurídicos forman parte del derecho, interpreta esto como argumento a favor de lo que denomina la teoría del "derecho superior", en el sentido de que estos principios son las normas de un derecho de rango más alto que el ordinario.[24] Refuta esta teoría observando que unas veces se acatan estas "normas" y otras veces no, que frente a una regla como la de que "ningún hombre debe aprovecharse de sus errores" hay siempre otra regla contrapuesta como la que dice que "el derecho

[24] Véase, p. ej., DICKINSON, "The Law Behind Law" (puntos 1 y 2), *Columbia Law Review* (1929), núm. 29, pp. 112, 254.

favorece la certidumbre del título", y que no existe ningún criterio por el que pueda comprobarse la validez de "normas" como éstas. Concluye que estos principios y directrices no son normas válidas de un derecho superior al derecho ordinario, lo cual es verdad, porque no son normas. Concluye también que existen pautas extrajurídicas que el juez selecciona según su criterio en el ejercicio de su arbitrio, lo cual es falso. Es como si un zoólogo hubiera demostrado que los peces no son mamíferos, y de ahí concluyera que realmente son simples vegetales.

V. La regla de reconocimiento

Esta discusión fue provocada por nuestras dos explicaciones contrapuestas de los principios jurídicos. Hemos examinado la segunda, que es la que los positivistas parecen haber adoptado con su doctrina del arbitrio judicial, y hemos descubierto en ella graves dificultades. Es oportuno que volvamos a la disyuntiva inicial. ¿Qué ocurriría si adoptáramos el primer planteamiento? ¿Qué consecuencias ocasionaría esta elección respecto a la estructura básica del positivismo? Desde luego, tendríamos que desechar el segundo dogma, la doctrina del arbitrio judicial (o bien aclarar que esta doctrina ha de interpretarse en el sentido de que los jueces deben ejercitar a menudo su capacidad de discernimiento). ¿Tendríamos que abandonar también, o modificar, el primer dogma, la proposición de que el derecho se distingue mediante criterios tales como los que pueden manifestarse en una regla magistral como la de reconocimiento del profesor Hart? Si han de considerarse derecho principios como los aducidos en las causas *Riggs* y *Hen-*

ningsen, respetando al mismo tiempo la noción de una regla magistral para distinguir el derecho, será preciso desplegar un criterio al que respondan los principios de carácter jurídico y sólo ellos. Comencemos con el criterio que propone Hart para identificar *normas* jurídicas válidas, y veamos si puede aplicarse también a los principios.

La mayoría de las normas jurídicas, según Hart, son válidas porque una institución competente las ha promulgado. Unas fueron creadas por una cámara legislativa, en forma de leyes formales; otras, por jueces que las formularon para decidir casos particulares, sentando así precedentes para el futuro; pero este criterio de origen no sirve para los principios de las causas *Riggs* y *Henningsen.* El origen de éstos como principios jurídicos no reside en una decisión concreta de una cámara legislativa o de un tribunal, sino en un sentido de conveniencia manifestado en el foro y en la opinión pública andando el tiempo. El hecho de que continúen en vigor depende de la permanencia de este sentido de conveniencia. Si dejara de parecer injusto que una persona se aproveche de sus errores, o justo imponer cargas especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios apenas influirían ya en nuevos pleitos, aunque jamás hubieran sido impugnados o desechados. (En realidad, poco sentido tiene hablar de impugnación o rechazo de principios como éstos; cuando periclitan, no se rechazan sino que se suprimen.)

Verdaderamente, si se nos retara a fundamentar nuestra afirmación de que un principio es un principio de derecho, tendríamos que alegar causas anteriores en las que ese principio se hubiese citado o en cuyos alegatos figurase; deberíamos además mencionar una ley que recogiera ese principio (sería preferible que

fuera citado en el preámbulo de la ley o en los informes de la comisión, o en otros documentos legislativos adjuntos). Si no encontráramos tal fundamento institucional, probablemente no conseguiríamos imponer nuestra postura, y cuanto mayor fuera el fundamento hallado, más valor podríamos atribuir al principio en cuestión.

Sin embargo, no tendríamos la posibilidad de idear ninguna fórmula a fin de determinar qué dimensión y qué clase de fundamento institucional se requiere para dar carácter jurídico a un principio, y mucho menos para fijar su valor en un cierto orden de magnitud. Defendemos un principio determinado abordando todo un conjunto de pautas cambiantes, en formación, recíprocamente influidas (más bien con carácter de principios que de normas), sobre responsabilidad institucional, interpretación legal, fuerza persuasiva de diversas clases de precedentes y relación de todo esto con las prácticas morales coetáneas y un sinnúmero de pautas semejantes. No podríamos englobar todas ellas en una sola "norma", ni siquiera en una norma compleja, y, aunque lo consiguiéramos, el resultado guardaría muy poca relación con la descripción de Hart de la regla de reconocimiento, que es la descripción de una regla magistral muy estable que especifica "uno o varios caracteres cuya posesión por una norma propuesta se toma como indicio concluyente de que es una norma jurídica".[25]

Por otra parte, las técnicas que aplicamos en defensa de los otros principios no se hallan (como está concebida la regla de reconocimiento de Hart) a niveles muy diferentes del de los principios que apoyan. La

[25] HART, *op. cit.*, p. 92.

distinción tajante de Hart entre aceptación y validez no es aplicable. Si abogamos por el principio de que un hombre no debe aprovecharse de su propio error, podemos citar las leyes de tribunales y cámaras legislativas que lo recogen, pero esto confirma tanto la aceptación del principio como su validez. (Parece extraño hablar de la validez de un principio, acaso porque la validez es un concepto que no admite términos medios, apropiado para normas, pero incompatible con la dimensión de importancia de un principio.) Si se nos pidiera (como bien podría suceder) que defendiéramos la doctrina concreta de precedentes o la técnica particular de interpretación legal que empleamos en este alegato, deberíamos ciertamente citar prácticas jurisprudenciales en las que se aplicó esa doctrina o técnica; pero deberíamos citar también otros principios generales que a nuestro juicio abonan esa práctica, y esto introduce una nota de validez en el acorde de la aceptación. Podríamos alegar, por ejemplo, que el uso que hacemos de precedentes y leyes anteriores se basa en un análisis peculiar de los aspectos de práctica legislativa o de doctrina de precedentes, o en los principios de la teoría democrática, o en una postura determinada en relación con la oportuna distribución de competencias entre instituciones nacionales y locales, o en algo por el estilo; pero tampoco esta vía de defensa es una calle de dirección única conducente a un principio último que descanse sólo en la aceptación. Nuestros principios de legislación, de precedentes, de democracia o de federalismo podrían ponerse también en tela de juicio; y si así fuera, tendríamos que defenderlos, pero no sólo desde el punto de vista práctico, sino desde la perspectiva de los otros principios y de las connotaciones de las diversas tendencias de las decisiones judiciales y le-

gislativas, aunque esto último implicase recurrir a las mismas doctrinas de interpretación que hubiéramos justificado mediante los principios que intentásemos ahora defender. En otras palabras: en este grado de abstracción, los principios más bien tienen cohesión que encadenamiento mutuo.

Así, aunque los principios encuentren su apoyo en actos oficiales de instituciones legales, no guardan con estos actos suficiente relación simple y directa como para que pueda estructurarse esa relación conforme a criterios especificados por una regla magistral concluyente de reconocimiento. ¿Existe algún otro procedimiento por el que pudieran someterse los principios a tal regla?

Hart, ciertamente, afirma que una regla magistral podría caracterizar de jurídicas no sólo normas promulgadas por instituciones legales concretas, sino también normas establecidas por costumbre. Le preocupa un problema que inquietó a otros positivistas, incluso a Austin. Muchas de nuestras normas legales más antiguas no fueron creadas explícitamente por una cámara legislativa o un tribunal. Cuando aparecieron por primera vez en textos legales y doctrinales, se las trató como integrantes del derecho por representar prácticas consuetudinarias de la colectividad o de una parte especializada de ella, como el comercio.[26] (Los ejemplos aducidos ordinariamente son normas de práctica comercial, como las que regu-

[26] Véase la nota "Custom and Trade Usage: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law", en *Columbia Law Review*, núm. 55 (1955), p. 1192, y los datos citados allí en núm. 1, p. 1193. Como explica esa nota, las prácticas actuales de los tribunales en materia de reconocimiento de usos comerciales siguen la pauta de aplicar una serie de principios y directrices generales, y no un criterio que pudiera tomarse como parte de una regla de reconocimiento.

lan qué derechos se derivan de una forma normal de documento comercial.) Como Austin creía que toda ley es el mandato de un determinado poder soberano, sostenía que estas prácticas consuetudinarias no adquirían carácter jurídico hasta que los tribunales (en calidad de agentes de poder soberano) las reconocían como tales, y que los tribunales incurrirían en una ficción si pretendieran otra cosa; pero tal opinión resulta arbitraria. Si se admite en general que una costumbre puede ser jurídica en sí misma, el que la teoría de Austin lo niegue no es convincente.

Hart rebate a Austin en este aspecto, al decir que la regla magistral podría estipular que alguna costumbre tuviera carácter jurídico aun antes de que los tribunales le reconocieran tal carácter; pero no resuelve la dificultad que esto plantea a su teoría general, porque no intenta formular los criterios que una regla magistral podría recoger para este fin. No puede utilizar, como único criterio, la condición de que la colectividad considere la práctica *moralmente* obligatoria, ya que esto no distingue las normas consuetudinarias legales de las normas consuetudinarias morales, y, por supuesto, no todos los deberes morales consuetudinarios inveterados de la colectividad adquieren fuerza de ley. Si, por otro lado, el criterio en cuestión es que la colectividad considere la práctica consuetudinaria *legalmente* obligatoria, queda socavado todo el sentido de la regla magistral, al menos para esta clase de normas legales. La regla magistral —dice Hart— marca la transformación de una sociedad primitiva en otra dotada de derecho, puesto que ofrece un criterio para determinar el carácter jurídico de las normas sociales que no es el de medir su aceptación; pero si la regla magistral dice simplemente que cualesquiera

normas que la colectividad acepta como jurídicamente obligatorias lo son en efecto, no ofrece ningún criterio de tal carácter, aparte del que aplicaríamos a falta de regla magistral. La regla magistral pierde en estos casos el carácter de regla de reconocimiento; puede decirse también que toda sociedad primitiva tiene una regla secundaria de reconocimiento, a saber, la de que todo lo que se acepta como obligatorio es obligatorio. Hart mismo, al exponer materias de derecho internacional, ridiculiza la idea de que tal regla pueda ser de reconocimiento, al descubrir la regla propuesta como "una mención vacua del simple hecho de que la sociedad en cuestión... observe ciertas pautas de conducta como reglas obligatorias".[27]

La consideración de Hart sobre la costumbre representa, realmente, el reconocimiento de que existen al menos algunas normas jurídicas que no son obligatorias porque su validez se apoye en criterios expuestos en una regla magistral, sino que su obligatoriedad —como la de la regla magistral— se debe a su aceptación como obligatorias por la colectividad. Esto deteriora la primorosa estructura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart: ya no podemos decir que la regla magistral es válida sólo por su aceptación, siendo válidas todas las demás normas a tenor de aquélla.

Esto acaso sea sólo un pequeño descalabro, dado que las normas consuetudinarias que Hart tiene en cuenta no constituyen ya una parte considerable del derecho; pero denota que Hart se resistiría a extender el deterioro incluyendo bajo la rúbrica de "costumbre" todos los principios y directrices fundamen-

[27] HART, *op. cit.*, p. 230.

tales que hemos expuesto. Si tuviera que calificar éstos como integrantes del derecho y admitir, empero, que la única prueba de su normativa reside en su grado de aceptación como derecho por la colectividad o una parte de ella, Hart reduciría de manera muy pronunciada el sector del derecho en el que rige su regla magistral. No es que todos los principios y directrices escaparan por ello al imperio de ésta, pero el hecho sería bastante lamentable. Si se aceptan estos principios y directrices como normas jurídicas y, por ende, como pautas que los jueces han de observar al determinar obligaciones legales, resulta que *normas* como las invocadas por primera vez en las causas *Riggs* y *Henningsen* deben su fuerza de ley, al menos en parte, a la autoridad de ciertos principios y directrices, y no enteramente a la regla magistral de aceptación.

Así, no podemos adaptar la versión del positivismo defendida por Hart modificando su regla de reconocimiento de modo que abarque los principios. No es posible formular criterios de origen que adscriban los principios a actos legislativos, ni puede tenerse por válido su concepto de derecho consuetudinario —que constituye una excepción al primer dogma del positivismo— sin rechazar por completo dicho dogma. Sin embargo, cabe considerar otra posibilidad más. Si ninguna regla de reconocimiento ofrece un criterio para identificar los principios, ¿por qué no decir que éstos son fundamentales y *constituyen* la regla de aceptación de nuestro derecho? Para responder a la cuestión general de "qué es derecho válido en una jurisdicción norteamericana", deberíamos, pues, definir todos los principios y normas constitucionales supremas vigentes a la sazón en dicha jurisdicción, atribuyendo a cada uno un rango específico. Un positivista podría entonces conceptuar esta serie de pautas

como regla de reconocimiento en esa jurisdicción. Esta solución tiene el atractivo de lo paradójico, pero representa evidentemente una rendición incondicional: si nos limitamos a designar nuestra regla de reconocimiento por la frase "la serie completa de principios en vigor", habremos plasmado únicamente la tautología de que el derecho es el derecho. Si, en cambio, tratásemos de enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Son polémicos, su rango tiene suma importancia, son innumerables, y varían y se modifican con tanta rapidez que el comienzo de nuestra lista quedaría anticuado antes de que completásemos la mitad. Y aunque consiguiéramos nuestro propósito, no dispondríamos de una clave para determinar lo jurídico, porque no quedaría nada susceptible de ser descifrado con nuestra clave.

Mi conclusión es que, si consideramos jurídicos los principios, debemos rechazar el primer dogma del positivismo, según el cual el derecho de una colectividad se distingue de otras pautas sociales mediante algún criterio en forma de regla magistral. Hemos decidido ya que tenemos que abandonar entonces el segundo dogma —la doctrina del arbitrio judicial— o aclararlo hasta convertirlo en una trivialidad. ¿Y qué decir del tercer dogma, la teoría positivista de la obligación legal?

Esta teoría sostiene que existe una obligación legal sólo cuando una norma jurídica reconocida impone tal obligación. De ahí que en una causa difícil —aquella para la que no puede encontrarse tal norma reconocida— no exista una obligación legal mientras el juez no cree una nueva norma para el futuro. El juez puede aplicar la nueva norma a las partes litigantes, pero ésta es una legislación *ex post facto,* no la confirmación de una obligación preexistente.

La doctrina positivista del arbitrio judicial (en sentido estricto) requería adoptar este punto de vista, ya que, si un juez puede decidir a su arbitrio, no es posible que haya ningún derecho u obligación legal —o sea, ningún título— que él deba imponer a las partes. No obstante, una vez desechada esa doctrina y admitido el carácter jurídico de los principios, admitimos también la posibilidad de que pueda imponerse una obligación legal tanto mediante una constelación de principios como por una norma preestablecida. No tenemos inconveniente en decir que existe una obligación legal siempre que las razones que abonan tal obligación, en forma de principios legales vinculantes de diverso carácter, pesan más que los argumentos en su contra.

Desde luego, habría que responder a muchas preguntas antes de que pudiéramos aceptar este planteamiento de la obligación legal. Si no existe una regla de reconocimiento, ni ningún criterio determinante del carácter jurídico en ese sentido, ¿cómo decidiremos qué principios serán decisivos, y en qué medida lo serán, para defender tal postura? ¿Cómo podremos decidir si una postura es más plausible que la otra? Si la obligación legal se funda en un juicio indemostrable de esa clase, ¿cómo puede éste justificar la decisión judicial de que una de las partes tiene una obligación legal? ¿Concuerda este concepto de obligación con el modo de expresarse de juristas, jueces y particulares, y es coherente con nuestras actitudes sobre la obligación moral? ¿Contribuye este análisis a dilucidar los clásicos problemas jurisprudenciales sobre la naturaleza del derecho?

Es preciso abordar dichas cuestiones, pero aun éstas son de suyo más prometedoras que las soluciones positivistas. El positivismo no alcanza a resolver, con

sus propias tesis, esas desconcertantes causas cuya dificultad nos lleva a buscar teorías sobre el derecho. Llegados a estas causas, el positivismo nos remite a una doctrina del arbitrio judicial que no conduce a nada ni resuelve nada. Su concepción del derecho como un sistema normativo ha influido poderosamente en nuestra imaginación, acaso por su propia simplicidad. Si nos sacudimos el yugo de este modelo normativo, podremos establecer otro más acorde con la complejidad y falta de sencillez de nuestras prácticas.

III

LA MORAL Y EL DERECHO PENAL*

LORD PATRICK DEVLIN

EL INFORME del Comité sobre Delitos Homosexuales y Prostitución, que generalmente se conoce como Informe Wolfenden, se acepta como excelente estudio de dos problemas sociales y legales muy difíciles; pero merece también, y de modo particular, el respeto de quienes se interesan por la jurisprudencia, pues hace lo que casi nunca han hecho los reformistas legales: establece claramente y con esmero lo que considera que debe ser la función del derecho en relación con los temas en cuestión.[1] Con harta frecuencia se añaden apéndices legales al derecho penal a tenor del simple principio de que "debería existir una ley que lo prohibiera". La mayor parte de las normas sobre delitos sexuales son de derecho escrito, y resulta difícil determinar alguna relación lógica entre ellas y las

*Del libro *The Enforcement of Morals*, de PATRICK DEVLIN, Oxford University Press, 1965, reimpresión autorizada por el autor y el editor.

[1] La "declaración de filosofía jurídica" del Comité (la frase entrecomillada es de Lord PAKENHAM) fue examinada por él durante un debate en la Cámara de los Lores el 4 de diciembre de 1957, y anunciada en *Hansard Lords Debates*, vol. CCVI, p. 738; y también, en el mismo debate, por el arzobispo de Canterbury, p. 753 y Lord DENNING, p. 806. También ha comentado este tema Mr. J. E. HALL WILLIAMS en la *Law Quarterly Review* (enero 1958), vol. LXXIV, p. 76

ideas morales que sustentamos la mayoría de nosotros. El adulterio, la fornicación y la prostitución no son, como el Informe[2] recalca, delitos penales: la homosexualidad masculina es un delito, pero no lo es la femenina. El incesto no era delito hasta que fue tipificado como tal por una ley hace tan sólo 50 años. ¿Designa el cuerpo legislativo estos delitos al azar, o existen algunos principios que puedan servir para determinar qué parte de la ley moral debe incorporarse al derecho penal? Actualmente, por ejemplo, se está considerando la propuesta de incriminar como delito la inseminación artificial de una mujer con el semen de un hombre que no es su marido; si, como sucede habitualmente, la mujer es casada, esto es sustancialmente, si no formalmente, un adulterio; ¿debería, pues, hacerse punible ese hecho, cuando el adulterio no lo es? Esta clase de cuestión reviste importancia práctica, porque una ley que parece arbitraria e ilógica, en última instancia y una vez remansada la oleada de indignación que provocó su inclusión en un texto legal, no merece respeto. Como cuestión práctica, no obstante, se plantea con más frecuencia en el ámbito de la moral sexual que en ningún otro; pero no hay ninguna respuesta especial que pueda encontrarse en campo. La indagación debe ser general y fundamental. ¿Cuál es la relación entre crimen y pecado, y hasta qué punto, si cabe, debe el derecho penal de Inglaterra preocuparse por imponer la moral y por penar el pecado o la inmoralidad como tales?

Las declaraciones de principios contenidas en el Informe Wolfenden deparan un punto de partida admirable y moderno para tal investigación. En el curso

[2] Párr. 14.

de examen de éstas, encontraré materia de crítica. Si mis críticas son plausibles, no hay que imaginar que señalen defectos del Informe. Sus autores no pretendían, como yo trato de hacerlo, componer un informe sobre jurisprudencia de la moralidad; lo que intentaban era desarrollar una fórmula operante para llegar a cierto número de conclusiones prácticas. No es mi propósito expresar tal o cual opinión sobre éstas; eso rebasaría el alcance de una conferencia sobre jurisprudencia. Me interesan sólo los principios generales; la afirmación de éstos en el Informe ilumina la entrada en materia, y espero que sus autores me perdonarán si introduzco la antorcha de la investigación en lugares adonde no se la pretendía llevar.

En la parte inicial del Informe,[3] el Comité manifestó:

> He aquí nuestra formulación de la función del derecho penal, en lo que atañe a los temas de esta investigación. Pues bien: en este ámbito, su función, tal como nosotros la consideramos, es preservar el orden público y la decencia, proteger al ciudadano de lo que es ofensivo e injurioso, y ofrecer suficiente salvaguarda contra la explotación y corrupción de otros, en particular las personas especialmente vulnerables por su juventud, su debilidad corporal o mental o su inexperiencia, o por hallarse en estado de peculiar dependencia física, oficial o económica.
>
> No es función del derecho, a nuestro juicio, intervenir en las vidas privadas de los ciudadanos, o tratar de imponer algún modelo particular de comportamiento, en mayor medida que la necesaria para llevar a cabo los fines que hemos perfilado.

El Comité anuncia así su recomendación más importante:[4]

[3] Párr. 13.
[4] Párr. 62.

> ...que el comportamiento homosexual entre adultos conformes, en privado, no constituya ya un delito, aduciendo como argumento,[5] que creemos decisivo, la importancia que la sociedad y el derecho deben dar a la libertad individual de elección y de actuación en materias de moralidad privada. A no ser que la sociedad se esfuerce deliberadamente, actuando por medio de la ley, en equiparar la esfera del crimen con la del pecado, debe quedar un reino de moralidad e inmoralidad privadas que no es, dicho en frase breve y tajante, de la incumbencia del derecho. Lo cual no significa tolerar o fomentar la inmoralidad privada.

Declaraciones de principio similares se formulan en los capítulos del Informe que tratan de la prostitución. No hay ninguna razón para apoyar —afirma el Informe— la pretensión de dar a la prostitución en sí carácter ilegal.[6] El Comité alude a las razones generales ya expuestas y añade: "Estamos conformes en que la inmoralidad privada no debe ser de incumbencia del derecho penal, salvo en las circunstancias especiales mencionadas al respecto". Citan,[7] aprobándolo, el Informe del Comité de Delitos Callejeros,[8] que expresa: "Como proposición general, se admite universalmente que no conciernen al derecho la moral privada ni las sanciones éticas". Se observará que se hace hincapié en el término inmoralidad *privada*. Se alude con ello a la inmoralidad que no es ofensiva o injuriosa para el público, en el sentido definido o descrito en el párrafo que he citado en primer lugar. En otras palabras, ningún acto inmoral debe constituir delito si no va acompañado de algún otro rasgo,

[5] Párr. 61.
[6] Párr. 224.
[7] Párr. 227.
[8] Command (orden) 3231 (1928).

tal como indecencia, corrupción o explotación. Esto se expresa claramente en relación con la prostitución: "No es misión del derecho ocuparse de inmoralidad como tal... debe ceñirse a las actividades que atenten contra el orden público o la decencia colectiva, o expongan al ciudadano corriente a lo que es ofensivo o injurioso".[9]

Estas declaraciones de principios se reducen, naturalmente, al tema del Informe. Pero están hechas en términos generales, y no parece existir ninguna razón por la que, siendo válidas, no deban aplicare al derecho penal en general. Distinguen muy decisivamente delito de pecado, el derecho divino del secular, y la ley moral del derecho penal; pero no suponen ningún desamparo de éste o de aquélla, ni representan una actitud que pueda calificarse de religiosa o irreligiosa. Diversas escuelas de pensamiento distinguen a quienes deben creer que la moral es cuestión ajena al derecho. En primer lugar, la de los agnósticos o librepensadores. Desde luego, no es que éstos no crean en la moral, o en el pecado, entendido éste en el más amplio de los dos sentidos que da a este término el *Oxford English Dictionary,* donde se define como "transgresión de la ley divina o de los principios de moralidad". Ciertamente, no aceptan la ley divina; pero esto no quiere decir que no vean con desconfianza cualquier desviación de los principios morales que se han aceptado durante generaciones en la sociedad en que viven, sino que, en última instancia, se rigen por su propio criterio. Luego está la persona profundamente religiosa que considera que el derecho penal representa a veces más un obstáculo que una ayuda en la esfera de la moralidad, y que la co-

[9] Párr. 257.

rrección de un pecador —en tanto se perjudique a sí mismo solamente— debe ser una obra más bien espiritual que temporal. Finalmente, está el hombre que, sin ningún tipo de apasionamiento, no comprende por qué donde hay libertad de credo religioso no ha de haber lógicamente también libertad moral. Todas estas personas forman un poderoso frente contra la equiparación del crimen con el pecado.

De entrada, debo aclarar que, como juez, tengo interés en el resultado de la investigación que estoy tratando de hacer en calidad de jurista. Como juez que administra justicia y que ha de dictar sentencia a menudo en un tribunal penal, me sentiría disminuido en mi cometido si pensara que me dirigía a un auditorio que no tuviera sentido del pecado o que considerase el crimen algo completamente distinto. ¿Debe uno, por ejemplo, al dictar sentencia sobre una mujer abortista, tratarla simplemente como si fuera una comadrona sin licencia? En caso contrario, ¿por qué no? Pero si debe hacerse así, ¿es que todo el aparato del derecho está montado sobre una serie de regulaciones sociales? He de admitir que parto del presentimiento de que una separación completa entre el crimen y el pecado (término que utilizo en esta conferencia en su más amplio sentido) no sería beneficiosa para la ley moral y sería nefasta para el derecho penal. Pero ¿puede justificarse esta clase de vislumbre como materia jurisprudencial? Y si es un presentimiento legítimo, ¿cómo debe expresarse la relación entre el derecho penal y la ley moral? ¿Es una relación fundada en alguna base teórica, o una simple unión práctica operativa o un poco de ambas cosas? Éste es el problema que quiero examinar, y debo empezar por considerar el punto de vista de la lógica estricta. Éste puede apoyarse en argumentos convincentes, algunos

de los cuales estimo incontestables y expongo a continuación.

La moral y la religión están inextricablemente unidas, ya que las normas morales generalmente aceptadas en la civilización occidental son las pertenecientes al cristianismo. Fuera de la cristiandad, existen otras normas derivadas de diversas religiones. Y no puede atribuirse validez a ninguno de estos códigos morales sino en virtud de la religión en que se fundan. La moral del Antiguo Testamento difiere en algunos aspectos de la correspondiente al Nuevo Testamento. Hasta en el seno del cristianismo existen diferencias. Algunos sostienen que las prácticas anticonceptivas son inmorales, o que un hombre que tiene acceso carnal con otra mujer, mientras vive su esposa, es en todo caso un fornicador; otros, entre ellos la mayor parte de los moralistas del mundo de habla inglesa, niegan esas dos proposiciones. Las grandes religiones de la Tierra —y el cristianismo es sólo una de ellas— muestran diferencias mucho más amplias. Puede ser justo o no que el Estado adopte una de estas religiones como verdadera, que se base en sus doctrinas y que niegue a cualquiera de sus ciudadanos la libertad de practicar otra. Si obra así, es lógico que utilice el derecho secular cada vez que considere necesario imponer el divino. Si no, es ilógico que se ocupe de la moral como tal. Pero si abandona las materias religiosas al criterio de los particulares, lógicamente deberá abandonar igualmente las cuestiones morales. Un Estado que se niega a imponer las creencias cristianas pierde el derecho a imponer la moral cristiana.

Si este parecer es plausible, ello quiere decir que el derecho no es capaz de justificar ninguna de sus disposiciones por referencia a la ley moral. No puede establecer, por ejemplo, que el asesinato y el robo se

prohíben por ser inmorales o pecaminosos. El Estado debe justificar de alguna otra manera las penas que impone a los delincuentes y es preciso, pues, asignar al derecho penal una función independiente de la moral. Esto no es difícil de lograr. El pacífico desenvolvimiento de la sociedad y la protección del orden social requieren la regulación de numerosas actividades. Las normas dictadas para ese fin e impuestas por el derecho penal se encaminan con frecuencia a la simple consecución de la uniformidad y la utilidad colectiva, y rara vez entrañan una elección entre el bien y el mal. Las normas que imponen un límite de velocidad o impiden la obstrucción de la vía pública no tienen nada que ver con la moral. Dado que gran parte del derecho penal está compuesto de normas de esta índole, ¿por qué involucrar la moral en él? ¿Por qué no definir la función del derecho penal simplemente conforme a la salvaguarda del orden y de la decencia y a la protección de la vida y la propiedad de los ciudadanos, y elaborar ese orden en relación con cualquier materia concreta, a la manera del Informe Wolfenden? Indudablemente, la ley penal coincidirá parcialmente con la ley moral al llevar a cabo esos fines. Los crímenes de violencia son moralmente ilícitos y constituyen también atentados contra el orden social; infringen, por tanto, ambas leyes. Pero esto se debe simplemente a que las dos leyes, al perseguir sus diferentes objetivos, cubren el mismo ámbito. Tal es el argumento.

¿Es este argumento compatible o incompatible con los principios fundamentales del derecho penal inglés actualmente vigente? Ése es el modo primordial de comprobar su validez aunque no sea concluyente. En el campo de la jurisprudencia, se es libre de impugnar incluso concepciones fundamentales si son teórica-

mente insostenibles; pero un buen punto de partida es averiguar en qué medida el argumento es válido a tenor del derecho vigente.

Es verdad que, durante numerosos siglos, el derecho penal se ocupó mucho de mantener la paz y muy poco, o nada, de la moral sexual. Pero sería un error deducir de ahí que no tuviera contenido moral o que hubiera tolerado en alguna ocasión la idea de que se permitiera a algún hombre juzgar por sí mismo en materias de moral. El derecho penal de Inglaterra se ha interesado desde el comienzo por los principios morales. Un sencillo procedimiento de probar este aspecto es considerar la actitud que el derecho penal adopta respecto al consentimiento.

Aunque sujeto a ciertas excepciones inherentes a la naturaleza de determinados crímenes, el derecho penal jamás ha autorizado que el consentimiento de la víctima se utilice como excusa. En el rapto, por ejemplo, el consentimiento es un elemento negativo esencial; pero el consentimiento de la víctima no constituye una excusa frente a una acusación de asesinato. El hecho de que la víctima considere su castigo bien merecido y se someta a él no excusa de ninguna forma de agresión; para una buena defensa, el acusado debe probar que el derecho le autorizaba a castigar y que lo ejercitó moderadamente. De igual manera, la víctima no puede perdonar al agresor y solicitar el sobreseimiento de la causa; el derecho de iniciar el sobreseimiento corresponde únicamente al fiscal de la Corona.

Ahora bien, si el derecho existe para la protección del individuo, no hay razón por la cual éste deba valerse de dicha salvaguarda si no la desea. La razón de que un hombre no pueda consentir de antemano la comisión de un delito contra su persona o perdonarla después es que se trata de un agravio a la sociedad. No

es que la sociedad haya sido lesionada físicamente; eso es imposible. Ni tampoco hay necesidad para ello de escandalizar, corromper o explotar a un tercero; todo puede hacerse en privado. Esto tampoco cabe explicarlo basándose en la razón práctica de que un hombre violento constituye un peligro potencial para otros miembros de la comunidad, que tienen, por tanto, un interés directo en su detención y castigo como condición necesaria para su protección. Esto sería verdad tratándose de un hombre al que la víctima estuviera dispuesta a perdonar, pero no de uno que obtuviera su previo consentimiento; un asesino que actúa solamente en virtud del consentimiento, o quizá de la petición, de su víctima no constituye un peligro para otros, pero amenaza uno de los grandes principios morales en que está basada la sociedad, esto es, la santidad de la vida humana. Sólo hay una explicación de lo que hasta ahora se ha aceptado como fundamento del derecho penal, y es que existen ciertas pautas de comportamiento o ciertos principios morales cuya observancia requiere la sociedad; y su infracción no es sólo una agresión contra la persona lesionada, sino contra la sociedad en su conjunto.

Así, si el derecho penal hubiera de reformarse a fin de eliminar de él todo lo que no tendiera a mantener el orden y la decencia o a proteger a los ciudadanos (incluida la protección de la juventud contra la corrupción) se demolería un principio fundamental, y a la vez se destipificarían numerosos crímenes específicos. La eutanasia o el dar muerte a otro a petición suya, el suicidio, la tentativa de suicidio y los pactos de suicidio, el duelo, el aborto, el incesto entre hermano y hermana son actos que pueden hacerse en privado y sin ofensa a los demás, y que no implican necesariamente la corrupción de otros. Muchas perso-

nas creen que la legislación sobre algunas de esas materias está necesitada de reforma, pero nadie hasta ahora ha llegado al extremo de recomendar que se dejaran todas fuera del derecho penal como cuestiones de moralidad privada. Pueden incluirse en él meramente como materia de principios morales. Conviene recordar también que, aunque existe mucha inmoralidad que no está penada por la ley, no hay inmoralidad que sea perdonada por ella. El derecho no permite que sus procedimientos se aprovechen por personas implicadas en inmoralidad de cualquier clase. Por ejemplo, una casa no puede alquilarse para fines inmorales; tal arrendamiento es inválido, y la ley no lo aprueba. Pero si lo que ocurre en su interior es cuestión de moralidad privada y no incumbe al derecho, ¿por qué éste se inmiscuye en el asunto?

Creo que ha quedado claro que el derecho penal, tal como lo conocemos, está basado en principios morales. En numerosos crímenes, su función consiste simplemente en aplicar un principio moral y nada más. El derecho penal, como el civil, se atribuye la capacidad de pronunciarse, en términos generales, sobre la moralidad y la inmoralidad. ¿De dónde recibe autoridad para esto, y cómo establece los principios morales que impone? Indudablemente, en cuanto realidad histórica, recibió ambas cosas de la doctrina cristiana; pero creo que el lógico estricto tiene razón al afirmar que el derecho no puede ya atenerse a doctrinas en las que el ciudadano esté facultado a no creer. Es preciso, por tanto, buscar alguna otra fuente.

En jurisprudencia, como he dicho, todo queda abierto a discusión, y, en la creencia de que abarcan la totalidad del ámbito en cuestión, me he planteado tres interrogantes que yo mismo contestaré:

1. ¿Tiene derecho la sociedad a pronunciarse en materias de moral? En otras palabras, ¿debe haber una moralidad pública o es siempre la moral una materia reservada al juicio de los particulares?

2. Si la sociedad tiene derecho a pronunciarse en esto, ¿está autorizada a utilizar el arma de la ley para imponer su criterio?

3. Si tiene derecho a ello, ¿debe usar esa arma en todos los casos o sólo en algunos? Y, si únicamente ha de utilizarla en algunos, ¿en qué principios ha de basar tal distinción?

Empezaré por responder a la primera interrogante y considerar qué se entiende por derecho de la sociedad a pronunciarse en cuestiones morales, es decir, a emitir un juicio sobre lo que está bien y lo que está mal. El hecho de que una mayoría de personas desaprueben una práctica no convierte ésta en materia que afecte a la sociedad en su conjunto. Nueve hombres de entre 10 pueden desaprobar lo que hace el décimo y reconocer, sin embargo, que no les incumbe. Sólo hay razón para un dictamen colectivo (que no es lo mismo que una gran cantidad de opiniones individuales, que las personas sensatas se guardarán de expresar si versan sobre los asuntos particulares de otra) si la sociedad resulta afectada. Sin un dictamen colectivo no hay razón, por otra parte, para intervenir. Permítaseme ilustrar la actitud actual de los ingleses hacia la religión y la que tuvieron en el pasado. Su actitud al respecto es hoy la de que la religión de un hombre es de su exclusiva incumbencia; podrán pensar que la religión de otro hombre es acertada o errónea, verdadera o falsa, pero no que es buena o mala. En otro tiempo no fue así; entonces se negaba a un hombre el derecho a practicar lo que se creía una

herejía, y se consideraba que ésta era destructiva de la sociedad.

El lenguaje utilizado en los pasajes que he citado del Informe Wolfenden induce a pensar que la colectividad no debería pronunciarse sobre la inmoralidad *per se*. ¿Se refiere a esto cuando habla de "moralidad privada" y de "libertad individual de elección y acción"? Algunas personas creen sinceramente que la homosexualidad no es ni inmoral ni antinatural. ¿Es la "libertad de elección y acción", ofrecida al individuo, una libertad de decidir por sí mismo lo que es moral o inmoral, permaneciendo neutral la sociedad; o es una libertad para conducirse inmoralmente si lo desea? El lenguaje del Informe puede prestarse a polémica, pero las conclusiones a que llega el Comité responden a la cuestión sin ambages. Si la sociedad no está dispuesta a afirmar que la homosexualidad es moralmente mala, no tiene fundamento que la ley proteja a la juventud contra la "corrupción" o que castigue a un hombre por vivir de las ganancias "inmorales" de la prostitución homosexual, como el Informe recomienda.[10] El Comité manifiesta esta actitud aún más claramente cuando llega a tratar de la prostitución. En verdad, el Informe da por sentado que existe una moralidad pública que condena la homosexualidad y la prostitución. Lo que el Informe parece entender por moralidad privada podría acaso definirse mejor como comportamiento privado en materia de moral.

La opinión de que existe algo así como una moralidad pública puede justificarse también por un argumento *a priori*. Lo que caracteriza a cualquier clase de sociedad es la comunidad de ideas, y no sólo de ideas

[10] Párr. 76.

políticas, sino también de ideas sobre cómo sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas; pues bien: estas últimas ideas constituyen su moral. Toda sociedad tiene una estructura moral, además de la política; o más bien —dado que eso podría sugerir dos sistemas independientes— yo diría que la estructura de toda sociedad se compone de una política y de una moral. Tomemos como ejemplo la institución del matrimonio. Que deba permitirse a un hombre tener más de una esposa es algo sobre lo que toda sociedad ha de decidir de un modo u otro. En Inglaterra creemos en la idea cristiana del matrimonio y, por tanto, adoptamos la monogamia como un principio moral. Por consiguiente, la institución cristiana del matrimonio ha venido a constituir la base de la vida familiar y, por ende, una parte de la estructura de nuestra sociedad. No está ahí por ser cristiana, o mejor dicho, ha llegado ahí por serlo, pero permanece porque está arraigada en la casa en que vivimos y no puede excluirse de ésta sin derribarla. La gran mayoría de quienes viven en este país la aceptan por ser la versión cristiana del matrimonio y la única verdadera para ellos. Pero quien no es cristiano no está sujeto a ella por formar parte de la cristiandad, sino porque, con acierto o sin él, ha sido adoptada por la sociedad en que vive. Sería inútil para tal persona entablar un debate destinado a demostrar que la poligamia es teológicamente más correcta y socialmente preferible; si quiere vivir en la casa, debe aceptarla tal como está construida.

Entenderemos esto más claramente si pensamos en ideas o instituciones puramente políticas. La sociedad no puede tolerar la rebelión; no admite razones sobre la legitimidad de tal causa. Es posible que, un siglo más tarde, los historiadores digan que los rebeldes es-

taban en lo cierto y la autoridad equivocada, y también cabe la posibilidad de que un súbdito sensible y consciente del Estado piense igual entonces; pero ésta no es una materia que pueda abandonarse al criterio individual.

La institución del matrimonio constituye un buen ejemplo para mi propósito, porque tiende un puente sobre la división —si es que existe— entre política y moral. El matrimonio forma parte de la estructura de nuestra sociedad y es además la base de un código moral que condena la fornicación y el adulterio. La institución matrimonial quedaría gravemente amenazada si se permitieran juicios individuales acerca de la moralidad del adulterio; sobre tales cuestiones debe existir una moralidad pública. Pero no hay que reducir esta última a los principios morales que sustentan instituciones como el matrimonio. La gente no considera la monogamia digna de ser defendida porque nuestra sociedad haya decidido organizarse asentada sobre ella; la juzga como algo bueno en sí, que facilita un buen estilo de vida, y por esa razón nuestra sociedad la ha adoptado. Repito la afirmación que ya hice de que sociedad significa comunidad de ideas; sin ideas compartidas sobre política, moral y ética, no puede existir ninguna sociedad. Todos tenemos ideas sobre lo que es bueno y lo que es malo; éstas no pueden ocultarse a la sociedad en que vivimos. Si unos cuantos hombres y mujeres intentasen crear una sociedad en la que no hubiera acuerdo fundamental sobre el bien y el mal, fracasarían; si, habiéndola basado en un acuerdo comunitario, dicho acuerdo quedara sin efecto, la sociedad se desintegraría. Porque no permanece unida por cohesión física, sino que su unidad la mantienen los lazos invisibles de la opinión común. Si tales lazos estuvieran demasiado relajados,

los miembros se separarían sin orden ni concierto. Forma parte de dicha sujeción una moral común; el sometimiento a ésta es una de las cargas de la sociedad; y la humanidad, que necesita de la sociedad, debe pagar ese precio.

Los juristas del *common law* solían decir que el cristianismo formaba parte del derecho del país. Eso no pasó jamás de ser un alarde retórico, como manifestó Lord Sumner en el pleito entre *Bowman* y *The Secular Society*.[11] Lo que se ocultaba en aquella causa era la noción que he tratado de exponer: que la moral —y hasta hace aproximadamente un siglo nadie pensó que valiera la pena distinguir entre religión y moral— es necesaria para el orden temporal. En 1675, el presidente de tribunal Hale declaró: "Decir que la religión es un engaño es revocar las obligaciones por las que se protege a la sociedad".[12] En 1797, el juez Ashurst manifestó, a propósito de la blasfemia, que era "no sólo una ofensa contra Dios, sino contra todo derecho y gobierno, por su tendencia a revocar todos los vínculos y obligaciones de la sociedad civil".[13] Para 1908, el juez Phillimore pudo ya afirmar: "El hombre es libre de creer, hablar y enseñar lo que quiera sobre materia religiosa, pero no sobre moral".[14]

Cabe pensar que me he extendido demasiado en sostener que existe algo así como una moralidad pública —proposición que la mayoría de la gente estaría dispuesta a aceptar— y que me quedará muy poco tiempo para debatir la siguiente cuestión, que a muchas mentes les resultará más dificultosa: ¿En qué

[11] (1917) A.C. 406, en 457.
[12] *Causa de Taylor*, 1 Vent. 293.
[13] *R.* vs. *Williams*, 26 St. Tr. 653, en 715.
[14] *R.* vs. *Boulter*, 72 J. P. 188.

medida debe la sociedad utilizar el derecho para imponer sus opiniones morales? Creo, sin embargo, que la respuesta a la primera pregunta determina de qué modo ha de abordarse la segunda y casi dicta, en realidad, la respuesta. Si la sociedad no está facultada para pronunciarse sobre moral, el derecho debe encontrar alguna justificación especial a fin de inmiscuirse en el ámbito de lo moral: si la homosexualidad y la prostitución no son ilícitas en sí, está claro que el legislador que quiera forjar una ley contra ciertos aspectos de ellas tendrá la carga de justificar el trato excepcional que vaya a darles. Pero si la sociedad posee atribuciones para pronunciarse al respecto, basándose en que una moralidad reconocida le es tan necesaria como, por ejemplo, un gobierno reconocido, podrá utilizar el derecho a fin de salvaguardar la moral del mismo modo que lo usa para proteger cualquier otro objeto imprescindible a su existencia. Por tanto, si asegura la primera proposición con todas sus implicaciones, la sociedad tiene una potestad inmediata de legislar contra la inmoralidad como tal.

El Informe Wolfenden, aunque parece admitir el derecho de la sociedad a condenar la homosexualidad y la prostitución por inmorales, requiere que se demuestren unas especiales circunstancias para justificar la intervención de la ley. Creo que esto es erróneo en principio, y que cualquier intento de abordar mi segunda interrogante dentro de estos límites está condenado al fracaso. Pienso que la pretensión del Comité queda desbaratada también, como lo demuestra el hecho de que tiene que definir o describir sus especiales circunstancias en sentido tan amplio que sólo pueden sostenerse si se admite que el derecho se ocupa de la inmoralidad como tal.

Las más amplias de estas especiales circunstancias se describen como la disposición de "suficiente salvaguarda contra la explotación y corrupción de otros, en particular de las personas especialmente vulnerables por su juventud, su debilidad corporal o mental o su inexperiencia, o por hallarse en estado de peculiar dependencia física, oficial o económica".[15] La corrupción de la juventud es un fundamento justamente reconocido para la intervención del Estado, y es fácil definir, a los efectos de cualquier legislación, el término "los jóvenes"; pero si tuviera que extenderse una protección similar a los demás ciudadanos, el ámbito de la ley resultaría ilimitado. La expresión "corrupción y explotación de otros" es tan amplia que podría utilizarse para abarcar cualquier clase de inmoralidad que entrañase —como la mayor parte de tales actos— la cooperación de otra persona. Aunque la frase se considere limitada a las categorías calificadas de "especialmente vulnerables", es tan elástica como para excluir toda restricción. Sin embargo, ésta no es una mera cuestión de terminología, porque, aunque las palabras utilizadas se extiendan más allá de sus límites propios, no serán aún lo bastante amplias como para amparar las recomendaciones que el Comité formula sobre la prostitución.

La prostitución no es de suyo ilegal, y el Comité no considera que se le haya de atribuir tal carácter.[16] Y, si la prostitución es una inmoralidad privada y no incumbe al derecho, ¿por qué ha de ocuparse éste del alcahuete o del administrador de un burdel o del dueño de una casa que permite en ella la prostitución habitual? El Informe recomienda que las leyes que

[15] Párr. 13.
[16] Párrafos 224, 285 y 318.

incriminan estas actividades sean mantenidas o consolidadas, y las coloca (en tanto que examina cuestiones de principio; sobre los burdeles, declara simplemente que el derecho desconfía de ellos) bajo la rúbrica de "explotación".[17] Puede haber casos de explotación en este comercio, como los hay o solía haberlos en otros muchos; pero, en general, un proxeneta no explota a una prostituta más que un empresario teatral explota a una actriz. El Informe estima que "la gran mayoría de las prostitutas son mujeres de tal condición psicológica que escogen esta vida porque encuentran en ella un estilo de existencia que les resulta más fácil, más libre y más provechoso que el que les proporcionaría cualquier otra ocupación... En general, la asociación entre prostituta y alcahuete es voluntaria y se ordena al provecho mutuo".[18] El Comité debe admitir que no puede llamarse a esto explotación en sentido vulgar. Sus miembros declaran: "A nuestro juicio, es una simplificación exagerada el afirmar que quienes viven de las ganancias de la prostitución explotan a la prostituta como tal. Lo que realmente explotan es el conjunto de la relación entre prostituta y cliente; explotan, en efecto, la debilidad humana que inclina al cliente a buscar a la prostituta y a ésta a satisfacer su exigencia".[19]

Toda inmoralidad sexual implica la explotación de la debilidad humana. La prostituta explota la lascivia de su cliente y éste la fragilidad moral de la prostituta. Si se considera la debilidad humana constitutiva de una circunstancia especial, no existe virtualmente ningún ámbito de moralidad que pueda definirse de manera que excluya la actuación del derecho.

[17] Párrafos 302 y 320.
[18] Párr. 223.
[19] Párr. 306.

Creo, por tanto, que no es posible poner límites teóricos a la potestad del Estado de legislar contra la inmoralidad. No cabe establecer de antemano excepciones a esa regla general, o definir sectores rígidos de la moralidad en los que en ninguna circunstancia pueda permitirse que el derecho se inmiscuya. La sociedad está autorizada a defenderse, por medio de las leyes, de los peligros que la amenazan desde dentro y desde fuera. En este aspecto considero justificado el siguiente símil político. La ley de alta traición persigue la ayuda a los enemigos del rey y la sedición interna. Esto se justifica por el hecho de que un gobierno establecido es necesario para la existencia de la sociedad y de que, por tanto, debe garantizarse su seguridad frente a la subversión violenta. Mas para el bienestar de la sociedad la moralidad preestablecida es tan necesaria como el buen gobierno. Las sociedades se desintegran desde dentro con mayor frecuencia que son destruidas por presiones externas. Esa disolución se produce cuando no se observa una moral colectiva, y la historia demuestra que la pérdida de los frenos morales constituye a menudo la primera etapa de la desintegración social; está, pues, justificado que la sociedad tome las mismas medidas para mantener su código moral que para preservar su gobierno y sus demás instituciones esenciales.[20] Incumbe al derecho

[20] El profesor Hart, en su ensayo *Law, Liberty and Morality*, distingue aproximadamente en este punto de la argumentación una proposición que describe como fundamental de mi ideología. Expresa dicha proposición, y su objeción a ella, del modo siguiente (p. 51): "Parece pasar de la aceptable proposición de que para la existencia de cualquier sociedad es indispensable *alguna* moralidad compartida (en estos términos interpreto la proposición que incluye en la p. 75) a la proposición inaceptable de que una sociedad es idéntica a su moralidad, tal como ésta se presenta en un momento dado de su historia, de suerte que un cambio de su moralidad

tanto la supresión del vicio como la eliminación de las actividades subversivas; y la posibilidad de definir una esfera de moralidad privada no es mayor que la de definir un sector de actividad subversiva privada. Es erróneo hablar de moralidad privada, o afirmar que al derecho no le incumbe la inmoralidad como tal, o tratar de limitar de modo rígido la función que el derecho puede desempeñar para la supresión del vicio. No existen límites teóricos que restrinjan la potestad estatal de legislar contra los delitos de traición o sedición, e igualmente pienso que no puede limitarse

equivale a la destrucción de una sociedad. La primera proposición siquiera podría aceptarse como verdad más bien necesaria que empírica, derivada de una definición completamente plausible de la sociedad como grupo humano que mantiene ciertas opiniones morales comunes. La segunda proposición, sin embargo, es absurda. Tomada en sentido estricto, nos impediría decir que la moralidad de una sociedad dada se ha trasformado, y, en cambio, nos obligaría a decir que ha desaparecido una sociedad y otra la ha remplazado. Sólo a base de este absurdo criterio de que representa para la misma sociedad continuar existiendo podría afirmarse, sin pruebas, que cualquier desviación de la moralidad común de una sociedad amenaza su existencia". En conclusión (p. 82), el profesor Hart condena totalmente la tesis de la disertación por estar basada en "una definición confusa de la esencia de la sociedad".

Yo no afirmo que *cualquier* desviación de la moralidad común de una sociedad amenaza su existencia, del mismo modo que no afirmo que *cualquier* actividad subversiva la amenaza. Lo que afirmo es que ambas actividades por naturaleza son capaces de amenazar la existencia de la sociedad, y que, por tanto, ni una ni otra pueden dejarse al margen de la acción del derecho.

Por lo demás, la objeción me parece una mera cuestión terminológica. No tengo reparo en afirmar, por ejemplo, que no se puede practicar un juego sin reglas, y que sin éstas no existiría ninguno. Si se me preguntase si eso significa que el juego guarda absoluta "identidad" con las reglas, dejaría que la pregunta fuera contestada de dos maneras contradictorias en la seguridad de que la respuesta, de todos modos, no resolvería el problema. Y si se me preguntase si una alteración de las reglas significa que ha dejado de existir un juego y otro ha ocupado su lugar, replicaría probablemente que no, que eso depende del alcance del cambio efectuado.

teóricamente la legislación contra la inmoralidad. Cabe argüir que, si los pecados de un hombre sólo a él afectan, no son de incumbencia de la sociedad. Si uno decide emborracharse cada noche en la intimidad de su propia casa, ¿resultará perjudicado alguien además de él? Supongamos, no obstante, que la mitad o la cuarta parte de la población se emborrachara cada noche; ¿qué clase de sociedad sería ésa? No es posible poner un límite teórico al número de personas que pueden emborracharse, mientras la sociedad no esté autorizada a perseguir legalmente la embriaguez. Y lo mismo cabe decir de los juegos de azar. La Real Comisión de Apuestas, Lotería y Juego adoptó como criterio el carácter del ciudadano como miembro de la sociedad, al declarar: "Nuestra preocupación sobre la significación ética del juego se reduce al efecto que

Igualmente, afirmaría sin reparos que no puede existir un contrato sin cláusulas. ¿Significa esto que un contrato "modificado" es un nuevo contrato a los ojos del derecho? En una ocasión escuché el argumento aducido por un ingenioso abogado, según el cual un contrato, a consecuencia de la sustitución de una cláusula por otra, había "quedado sin efecto" a tenor de una disposición legal. El juez no aceptó el argumento; pero, si se hubieran alterado la mayoría de las cláusulas fundamentales de ese contrato, me inclino a pensar que debería haberlo aceptado.

La proposición que expongo en el texto en cuestión es que, si no es posible mantener una sociedad sin moralidad (y entiendo que el profesor Hart admitirá este aserto, siquiera a los efectos de la argumentación presente), puede aplicarse el derecho a fin de imponer la moral como algo imprescindible para la sociedad. No veo que esta proposición (sea cierta o errónea) signifique que jamás podrá alterarse la moralidad sin que quede destruida la sociedad. Si se altera la moralidad, puede modificarse también el derecho. En la p. 72, el profesor Hart se refiere a mi proposición con la frase "utilización de la penalidad legal para petrificar la moralidad dominante en una época determinada de la existencia de una sociedad". Por la misma razón, podría decirse que la inclusión de una sección penal en una ley prohibitiva de ciertos actos petrifica esa ley impidiendo que sus prohibiciones puedan modificarse en lo sucesivo.

éste pueda causar en el carácter del jugador como miembro de la sociedad. Si estuviésemos persuadidos de que, sea cual fuere la categoría del juego, dicho efecto resultaría perjudicial, nos inclinaríamos a creer que el Estado debe restringir el juego en la mayor proporción posible".[21]

La tercera interrogante que he formulado es en qué circunstancias debe el Estado ejercer su potestad. Pero antes de tratar sobre ella debo plantear un detalle que podría haberse sacado a colación en cualquiera de las tres. ¿Cómo han de averiguarse las opiniones morales de la sociedad? Dejando esto por ahora, puedo formular la pregunta en forma más limitada, que de momento es suficiente para mi propósito: ¿Cómo ha de averiguar el legislador los dictámenes morales de la sociedad? Seguramente, no basta que se deduzcan de la opinión de la mayoría, pero sería exagerado requerir el asentimiento individual de cada uno de los ciudadanos. El derecho inglés ha evolucionado, y suele hacer uso de un criterio que no depende del recuento de votantes. Es el del hombre razonable, que no hay que confundir con el hombre racional. No se le pide que razone sobre un tema, y su dictamen puede ser principalmente cuestión de sensibilidad. Éste es el punto de vista del hombre de la calle o —utilizando una imagen conocida de todos los juristas— "el hombre del autobús de Clapham". Se le podría llamar también el hombre de mente recta. Para el fin que me propongo, prefiero denominarle el hombre de la tribuna del jurado, porque el dictamen moral de la sociedad debe ser una opinión sobre la que es de esperar que 12 hombres o mujeres elegidos al azar puedan, tras un debate, llegar a un acuerdo unánime.

[21] Párr. 159, orden 8.190 (1951).

Éste era el criterio que aplicaban los jueces antes de que el Parlamento fuese tan activo como ahora, en una época en la que dictaban normas de civismo. No pensaban que estuvieran creando normas de derecho sino simplemente formulando principios que toda persona de mente recta admitiría como válidos. Esto es lo que Pollock llamaba "moralidad práctica", que no está basada en fundamentos teológicos o filosóficos, sino en "el cúmulo de experiencia constante, acumulada de modo semiinconsciente o inconsciente e incorporada a la moral del sentido común". Lo llamó también "un cierto modo de pensar en cuestiones de moralidad que esperamos encontrar en un hombre civilizado razonable o un inglés razonable, elegido al azar".[22]

La inmoralidad, pues, a los efectos del derecho es lo que se presume que cualquier persona de recto entendimiento considerará inmoral. Toda inmoralidad puede afectar perjudicialmente a la sociedad, y, en efecto, en mayor o menor medida, habitualmente sucede así; eso es lo que da al derecho un *locus standi*. No se le puede ocultar. Pero —y esto me inspira la tercera cuestión— el individuo tiene también un *locus standi*: no cabe esperar que someta al criterio de la sociedad toda la conducta de su vida. Se trata de la vieja y conocida cuestión de lograr un equilibrio razonable entre los derechos e intereses de la sociedad y los del individuo. Esto es algo que el derecho hace constantemente en materias de mayor o menor importancia. Escogiendo un ejemplo muy vulgar, permítaseme que considere el derecho del individuo cuya casa está contigua a la vía pública de tener acceso a ella; esto signi-

[22] *Essays in Jurisprudence and Ethics* (Macmillan, 1882), pp. 278 y 353.

fica en nuestros días el derecho a estacionar vehículos en la calle, a veces durante un periodo de tiempo considerable, si hay mucha carga y descarga. Son numerosos los casos en que los tribunales han tenido que armonizar el derecho privado de acceso con el derecho del público a usar la calle sin obstrucción. Esto no se consigue dividiéndola en zonas públicas y privadas. Se logra reconociendo que todos tienen derechos sobre el conjunto; que si todos ejercitaran sus derechos plenamente, entrarían en conflicto; y que, por tanto, hay que limitar los derechos de todos para asegurar en lo posible que queden salvaguardadas las necesidades fundamentales de cada uno.

No creo que pueda hablarse sensatamente de moralidad pública y privada con mayor razón que de vía pública y privada. La moralidad es una esfera en la que hay un interés público y un interés privado, a menudo en conflicto, y el problema consiste en conciliar los dos. Esto no quiere decir que sea imposible formular unas cuantas aseveraciones generales acerca de cómo tiene que encontrarse en nuestra sociedad un equilibrio razonable. Tales afirmaciones no pueden por esencia ser rígidas o estrictas; no debe pretenderse con ellas circunscribir la actuación del poder legislativo, sino guiar a quienes han de aplicar la ley. Mientras las decisiones que toma un tribunal de justicia cuando concilia el interés público con el privado son decisiones *ad hoc,* las causas contienen declaraciones de principios a las que ha de atenerse el tribunal en el momento de dictar el fallo. Del mismo modo, es posible hacer declaraciones de principios que presuntamente la cámara legislativa deberá tener en cuenta cuando se disponga a promulgar leyes que impongan normas morales.

Creo que la mayoría de la gente estaría de acuerdo en líneas generales, sobre estos principios elásticos. Debe tolerarse la máxima libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad. No puede decirse que éste sea un principio característico del derecho penal. Gran parte de la legislación penal —la que trata más bien de lo ilícito prohibido que de lo ilícito en sí— es de carácter reglamentario y está basada en el principio opuesto, o sea, que la opción del individuo debe dejar paso a la conveniencia de la mayoría; pero generalmente se considera que el principio que acabo de enunciar rige en todas las cuestiones de conciencia. No se reduce al pensamiento y el lenguaje; se extiende a la acción, como lo demuestra el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en tiempo de guerra; este ejemplo prueba también que la conciencia se respeta incluso en momentos de peligro nacional. Este principio me parece particularmente apropiado para todas las cuestiones morales. No debe estar penado por la ley nada que no rebase los límites de la tolerancia. No basta con expresar que una práctica repugna a una mayoría; es menester que haya un verdadero sentimiento de reprobación. Quienes no están satisfechos con la ley vigente sobre homosexualidad suelen decir que los adversarios de la reforma actúan sólo inducidos por la repugnancia. Si esto fuera cierto, sería censurable; pero no creo que quepa desestimar la repugnancia si es un sentimiento profundo y no ficticio. Su existencia es un buen indicio de que se están alcanzando los límites de la tolerancia. No todo ha de tolerarse. Ninguna sociedad es capaz de prescindir de la intransigencia, la indignación y la repugnancia; son éstas las fuerzas que respaldan la ley moral, y ciertamente puede argumentarse que, si no están presentes ellas u

otras semejantes, los sentimientos de la sociedad no influirán lo bastante como para privar al individuo de libertad de elección. Supongo que apenas habrá personas que actualmente no sientan repugnancia por la idea de una crueldad deliberada con los animales. No hay nadie que proponga relegar tal o cual forma de sadismo al reino de la moralidad privada o permitir que se practique en público o en privado. Cabe señalar —y de ello no queda la menor duda— que hasta hace relativamente poco tiempo nadie pensaba demasiado en la crueldad con los animales, y también que la compasión, la benevolencia y la resistencia a infligir daño son virtudes que generalmente son hoy más apreciadas que en ninguna otra época; pero no es el raciocinio lo que determina las materias de esta índole. Todo dictamen moral, salvo que se le asigne un origen divino, es simplemente el parecer de que ningún hombre de recto entendimiento se comportaría de otro modo sin admitir que estaba cometiendo un error. Es la fuerza del sentido común, y no el poder de la razón, lo que respalda las opiniones de la sociedad; pero, antes de que esta última pueda relegar una práctica más allá de los límites de la tolerancia, debe existir la opinión expresa de que tal práctica es ofensiva para la sociedad. Existe, por ejemplo, un aborrecimiento general de la homosexualidad. Deberíamos preguntarnos, en primera instancia, si, examinándola con calma y sin apasionamiento, la consideramos un vicio tan abominable que su mera presencia sea una ofensa. Si tal es el sentimiento auténtico de la sociedad en que vivimos, no entiendo cómo cabe negar a la sociedad el derecho a erradicarla. Pero nuestro sentimiento quizá no sea tan intenso como para llegar a eso. Podemos tener sobre ella la opinión de que, si se limita, resulta tolerable, y que sólo en caso de

extenderse sería gravemente injuriosa; ésta es la actitud que la mayoría de las colectividades adoptan sobre la fornicación, considerándola una debilidad natural que debe mantenerse dentro de ciertos límites, pero que no puede desarraigarse. Se convierte entonces en un problema de equilibrio entre la amenaza a la sociedad, por una parte, y el alcance de la limitación, por otra. Sobre un tema de esta clase, el valor de la investigación y de las conclusiones de una entidad como el Comité Wolfenden es manifiesto.

Los límites de la tolerancia varían. Esto es accesorio de lo que he expuesto anteriormente, pero bastante importante en sí para merecer su declaración como principio aparte que el legislador debe tomar en consideración. Supongo que las normas morales no varían; en tanto provienen de la revelación divina son invariables, y estoy dispuesto a admitir que los dictámenes morales emitidos por una sociedad serán siempre válidos para ésta. Pero la medida en que la sociedad tolera —y conste que digo tolera, no aprueba— las desviaciones de las normas morales varía de generación en generación. Puede que la tolerancia global vaya siempre en aumento. La presión de la mente humana, tratando continuamente de conseguir una mayor libertad de pensamiento, se proyecta contra los límites de la sociedad forzándolos a relajarse paulatinamente. Es posible que la historia sea un proceso de contracción y expansión y que todas las sociedades evolucionadas estén abocadas a su destrucción. No debo hablar de cuestiones que ignoro; de cualquier modo, en la práctica, ninguna sociedad está dispuesta a precaverse de su propia ruina. Vuelvo, por tanto, al hecho simple y observable de que, en materia de moral, los límites de la tolerancia varían. Las leyes, especialmente las que están basadas en la moral, son mo-

dificadas con menos facilidad. De ahí se deduce otro principio válido utilizable: el derecho debe ser cauto en manifestarse sobre una nueva cuestión moral. A la generación siguiente, la oleada de indignación puede haber cedido, quedando la ley en cuestión sin el vigoroso respaldo que necesita; pero entonces es difícil modificarla sin dar la impresión de que el criterio moral se está debilitando. Éste es ahora uno de los factores que se oponen enérgicamente a cualquier variación de la ley sobre homosexualidad.

El tercer principio elástico ha de proponerse más bien a título de ensayo: la intimidad debe respetarse en lo posible. Ésta no es una idea que se haya expresado siempre de modo explícito en el derecho penal. Actos o dichos realizados o pronunciados en público o en privado se incluyen todos en su ámbito, sin ninguna distinción en principio. Pero junto a esto, se da una fuerte resistencia por parte de jueces y legisladores a sancionar las intromisiones en la intimidad con fines de investigación criminal. La policía no tiene más derecho a irrumpir en las viviendas privadas que un ciudadano corriente; no existe un derecho general de registro; en ese sentido, la casa de un inglés es aún su castillo. La administración pública es sumamente cauta incluso en el ejercicio de las potestades que estima irrefutables. La intervención telefónica y la inspección postal representan una buena ilustración de lo expuesto. Un comité de tres consejeros del Consejo del Rey, que investigó recientemente[23] sobre estas actividades, averiguó que el secretario del Interior y sus predecesores habían formulado ya normas estrictas regulando el ejercicio de estas potestades, y dicho comité recomendó que se siguieran ejerciendo funda-

[23] Orden 283 (1957).

mentalmente en las mismas condiciones. Informó, sin embargo, que esta clase de potestades era "juzgada, en general, con desaprobación".

Esto indica la existencia de una opinión general según la cual el derecho a la intimidad es algo que debe compaginarse con la ejecución del derecho. ¿Debe esta misma clase de consideraciones desempeñar algún papel en la formación del derecho? Evidentemente, sólo en un número muy limitado de casos. Cuando un ciudadano lesionado invoca el auxilio del derecho, la intimidad carece de importancia; nadie puede pedir que su derecho a la intimidad se contraponga a la agresión penal infligida a otra persona; pero, cuando los implicados en el hecho son partes conformes y el agravio atenta contra la moral, puede contrapesarse el interés público en el orden moral con las exigencias de la intimidad. La limitación de las potestades de investigación de la policía va tan lejos que no admite parangón; esto significa que la pesquisa de un crimen cometido en privado, cuando no ha habido querella, es una actuación necesariamente aventurada, y ésta es una razón más en favor de la moderación. Estas consideraciones no justifican, sin embargo, la exclusión del ámbito de la ley de toda inmoralidad privada. Creo que, como he sugerido ya, el criterio de "moralidad privada" debe sustituirse por el de "comportamiento privado", y que la influencia de dicho factor ha de quedar reducida de la función de limitación estricta a la de cuestión que ha de tomarse en consideración. Dado que la gravedad de un crimen es también una consideración oportuna, podría muy bien distinguirse, en el supuesto de homosexualidad, entre las faltas leves de indecencia y la agresión plena, lo que, según los principios del Informe Wolfenden, sería ilógico hacer.

La última cuestión que conviene recordar, y la más importante, es que sólo atañe al derecho el mínimo ético y no el máximo; gran parte del Sermón de la Montaña estaría fuera de lugar en el Decálogo. Todos reconocemos la brecha existente entre la ley moral y el derecho vigente en el país. No es muy meritorio el hombre que rige su conducta con el solo objeto de escapar del castigo, y toda sociedad respetable impone a sus miembros pautas de comportamiento más elevadas que las normas jurídicas. Reconocemos la existencia de tales pautas superiores cuando utilizamos expresiones como "obligación moral" o "moralmente obligado". Esta distinción fue puesta de manifiesto certeramente en el dictamen emitido por un consejo de ancianos africanos a raíz de una disputa familiar: "Tenemos la potestad de hacer que dividáis los cultivos, porque así lo ordena nuestra ley; pero no tenemos potestad de hacer que os comportéis como hombres rectos".[24]

[24] Causa fallada por el Saa-Katengo de Lialiu, en agosto de 1942, citada en *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia* por MAX GLUCKMAN (Manchester University Press, 1955), p. 172.

IV

INMORALIDAD Y ALTA TRAICIÓN*

H. L. A. HART

EL RASGO más notable de la disertación de Sir Patrick es su opinión sobre la naturaleza de la moralidad (de la moralidad que el derecho penal puede imponer). La mayoría de los pensadores precedentes que han repudiado el punto de vista liberal han obrado así porque creían que la moralidad constaba de mandatos divinos o de principios lógicos de conducta humana deducibles por la razón. Puesto que para ellos la moralidad tenía una condición divina o racional tan elevada como la Ley de Dios o la razón, parecía evidente que el Estado debiera imponerla, y que la función del derecho humano no fuera tan sólo la de dar a los hombres la oportunidad de vivir honestamente, sino la de determinar si efectivamente vivían así. Sir Patrick no funda su repudiación del punto de vista liberal en estas concepciones religiosas o racionalistas. Ciertamente, gran parte de lo que escribe representa una impugnación de la idea de que el raciocinio o la reflexión tiene mucho que ver con la moralidad. La moralidad popular de Inglaterra posee sin duda una conexión histórica con la religión cristiana. "De ese

* Publicado en *The Listener* (30 julio 1959), pp. 162-163. Existe una reimpresión autorizada por el autor. Una exposición más completa de las ideas expresadas aquí puede encontrarse en HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963.

modo —dice Sir Patrick— llegó hasta allí." Pero no debe su actual condición o importancia social a la religión más que a la razón.

¿Qué es, entonces? Según Sir Patrick, es principalmente una cuestión de sensibilidad. "Todo dictamen moral —dice— es el parecer de que ningún hombre de recto entendimiento se comportaría de otro modo sin admitir que estaba cometiendo un error." ¿Quién, pues, debe opinar de este modo, si ha de haber lo que Sir Patrick llama una moralidad pública? Nos dice que ése es "el hombre de la calle", "el hombre de la tribuna del jurado" o (para expresarlo en frase tan familiar a los juristas ingleses) "el hombre del autobús de Clapham".* Porque los dictámenes morales de la sociedad, en cuanto atañe al derecho, deben determinarse por los criterios del hombre razonable, al que no hay que confundir con el hombre racional. Sir Patrick afirma, efectivamente, que "no se le pide que razone sobre ningún tema, y su dictamen será principalmente cuestión de sensibilidad".

Intolerancia, indignación y repugnancia

Pero ¿cuáles son exactamente los sentimientos pertinentes, los sentimientos que pueden justificar la aplicación de la ley penal? La argumentación sobre este particular se complica un poco. No es suficiente la aversión general hacia una práctica. Debe haber —dice Sir Patrick— "un sentimiento real de reprobación". La repugnancia tampoco basta. Lo fundamen-

* En el suburbio londinense de Clapham, antiguo baluarte de una célebre secta disidente antiesclavista (siglo XVIII), se halla el nudo ferroviario Clapham Junction, uno de los más importantes del Reino Unido. La secta de Clapham se distinguió por su enérgica defensa de las ideas liberales. [N. del T.]

tal es una combinación de intolerancia, indignación y repugnancia. Ésas son las tres fuerzas que respaldan la ley moral, sin las cuales ésta "no tendrá peso suficiente como para privar al individuo de su libertad de elección". Existe, por tanto, según Sir Patrick, una diferencia decisiva entre la simple opinión moral contraria de la sociedad y la que está inspirada por un sentimiento expresado en un conjunto de intolerancia, indignación y repugnancia.

La distinción es nueva y también muy importante. Porque de ella depende la importancia que ha de atribuirse al hecho de que, cuando se impone una moralidad, se limita necesariamente la libertad individual. Aunque la formulación abstracta de Sir Patrick sobre sus opiniones en este punto es difícil de entender, sus ejemplos aclaran perfectamente su postura. La descubrimos mejor en sus afirmaciones contradictorias, acerca de la fornicación y la homosexualidad. En relación con la fornicación, la opinión pública de la mayoría de las sociedades no se manifiesta actualmente con la intensidad antes mencionada. Podemos considerarla tolerable si es limitada; sólo su difusión podría ser gravemente ofensiva. En tales casos, la cuestión de si la libertad individual debe restringirse es para Sir Patrick cosa de armonizar el riesgo para la sociedad con la limitación de la actuación individual; pero si, como ocurre con la homosexualidad, la opinión pública alcanza la intensidad aludida, si expresa un "juicio deliberado" de que tal práctica es perjudicial para la sociedad, si existe "un sentimiento auténtico de que es un vicio tan abominable que su mera presencia constituye una ofensa", rebasa entonces los límites de la tolerancia, y la sociedad puede erradicarla. En este caso, al parecer, no es necesaria ya la conciliación de las exigencias de la libertad individual,

si bien, por razones de prudencia, el legislador debe tener en cuenta que los límites de la tolerancia pueden variar: el sentimiento general de repulsa es posible que ceda. Esto cabe que plantee un dilema a la ley, al verse privada quizá del respaldo moral que requiere, pero no puede modificarse sin dar la impresión de que el criterio moral se está debilitando.

Moralidad compartida

Si la moralidad es eso —un compendio de indignación, intolerancia y repugnancia—, podemos, con razón, preguntar qué justificación hay para incluirla en la ley penal, dándole tal carácter, con todo el sufrimiento que la sanción penal entraña. La respuesta de Sir Patrick al respecto es clara y simple. Un grupo de individuos no constituye una sociedad; lo que les convierte en sociedad es, entre otras cosas, una moralidad común o pública. Ésta es necesaria para su existencia como gobierno organizado. Así, la sociedad puede utilizar la ley para salvaguardar su moralidad como cualquier otro elemento imprescindible a su existencia. "La supresión del vicio incumbe al derecho tanto como la supresión de las actividades subversivas." El punto de vista liberal que niega esto adolece de "un error de jurisprudencia", porque no hay más posibilidad de definir un ámbito de moralidad privada que un ámbito de actividad subversiva privada. No pueden existir "límites teóricos" de la legislación contraria a la inmoralidad, como no puede haberlos de la potestad del Estado de legislar contra la alta traición y la sedición.

Seguramente, todo esto, por ingenioso que sea, es engañoso. Puede que la formulación del punto de vis-

ta liberal por parte de Stuart Mill resulte demasiado simplista. Los fundamentos de la obstrucción de la libertad humana son diversos; no se reducen al solo criterio del "daño a otros": la crueldad con los animales o la prostitución organizada por afán de lucro no pueden inscribirse fácilmente —como el propio Mill advirtió— en la rúbrica del daño a otros. Y a la inversa, aun cuando se dé ese daño en su sentido más literal, puede haber otros principios que limiten la medida en que el derecho debe reprimir las actividades nocivas. Existen, pues, múltiples criterios, y no uno solo, que determinan cuándo cabe limitar la libertad humana. Tal vez se refiere a esto Sir Patrick con la curiosa distinción, que recalca a menudo, entre límites teóricos y prácticos. Pero, con todas sus simplezas, el punto de vista liberal es una guía mejor que el de Sir Patrick para aclarar la reflexión sobre la debida relación entre la moralidad y el derecho penal, puesto que destaca lo que él disimula: los puntos en que es preciso reflexionar antes de convertir la moralidad popular en ley penal.

Sociedad y opinión moral

Sin duda, todos estaremos de acuerdo en que un consenso de opiniones morales sobre ciertas materias es imprescindible para que la sociedad en que vivimos merezca ese nombre. Las leyes contrarias al asesinato, al robo y demás serían de poca utilidad si no se apoyaran en la convicción ampliamente extendida de que lo que prohíben es inmoral. Esto es evidente; pero no significa que todos los hechos a que corresponden los vetos morales de la moralidad aceptada tengan la misma importancia

para la sociedad; ni hay la menor razón para considerar que la moralidad es una red inconsútil, que se haría pedazos, arrastrando consigo a la sociedad, a no ser que todas sus enfáticas prohibiciones fueran impuestas por la ley. Seguramente, a pesar del sentimiento moral que corresponde a la triple reacción de intolerancia, indignación y repugnancia, debemos pararnos a reflexionar. Tenemos que formular una cuestión, en dos planos diferentes que Sir Patrick jamás identifica o distingue con bastante claridad. En primer lugar, hemos de preguntar si una práctica que ofende al sentimiento moral es nociva, independientemente de su repercusión en el código moral general. En segundo lugar, ¿qué decir de esa repercusión? ¿Es realmente cierto que el hecho de no traducir este elemento de moralidad general en la ley penal pone en peligro toda la estructura moral y, por tanto, la de la sociedad?

No podemos eximirnos de reflexionar sobre estas dos distintas cuestiones simplemente repitiéndonos este vago remedio: "Esto forma parte de la moralidad pública y ésta debe preservarse si ha de existir la sociedad". A veces, Sir Patrick parece admitirlo así, pues dice, en palabras que podrían haber utilizado tanto Mill como el Informe Wolfenden, que debe tenerse el máximo respeto por la libertad individual compatible con la integridad de la sociedad; pero resulta que esto, como demuestran sus contradictorios ejemplos de fornicación y homosexualidad, significa tan sólo que la inmoralidad que el derecho puede castigar debe experimentarse generalmente como algo intolerable. Evidentemente, este criterio no es un sustitutivo apropiado del cálculo razonado del daño que esa inmoralidad, si no se

suprime, acarreará probablemente a la estructura de la sociedad.

Nada muestra quizá más claramente la incongruencia del planteamiento de este problema por Sir Patrick que su comparación entre la supresión de la inmoralidad sexual y la supresión de la alta traición o la actividad subversiva. "Actividad subversiva privada" es, naturalmente, una *contradictio in terminis*, porque "subversión" significa trastornar el poder público. Pero es grotesco, aun cuando la repulsa moral de la homosexualidad alcance la intensidad aludida, considerar el comportamiento homosexual de dos adultos en privado semejante en algún sentido a la traición o la sedición por su intención o sus efectos. Podemos hacer que se *parezca* a la alta traición únicamente si suponemos que la desviación de un código moral general lo afecta necesariamente, provocando no sólo su modificación, sino su destrucción. La analogía podría empezar a ser plausible solamente si estuviera claro que la delincuencia contra este aspecto de la moralidad es capaz de poner en peligro toda la estructura social. Tenemos, sin embargo, pruebas sobradas para creer que ninguna persona abandonará la moralidad, ni tendrá en más estima el asesinato, la crueldad y la deshonestidad, simplemente porque no esté penada por la ley alguna práctica sexual privada que abomine.

Siendo así, la analogía con la alta traición es absurda. Claro está que "nadie es una isla": lo que un hombre hace en privado, si llega a conocimiento de otros, puede afectarles de muy diversas maneras. Realmente, es posible que la desviación de la moralidad sexual general por parte de aquellos cuyas vidas, como las de muchos homosexuales, son honorables y en los demás aspectos ejemplares, lleve a lo que Sir

Patrick llama la variación de los límites de la tolerancia. Si esto guarda alguna analogía en la esfera del poder público, no es con el derrocamiento del orden político, sino con su pacífica transformación. Podemos, pues, atender a los dictados del sentido común y de la lógica, y decir que, aunque por lógica no pudiera existir una esfera de traición privada, existe una esfera de moralidad e inmoralidad privada.

La doctrina de Sir Patrick se presta también a una crítica más amplia y quizá más profunda. Creo que, al reaccionar contra una moralidad racionalista y hacer hincapié en el sentimiento, ha tirado el rábano y se ha quedado con las hojas; pero éstas pueden estar realmente muy sucias. Cuando la conferencia de Sir Patrick fue pronunciada por primera vez, *The Times* la acogió con estas palabras: "Hay una humildad conmovedora y grata en la concepción de que no se ha de pedir a la sociedad que dé una razón para negarse a tolerar lo que en su corazón estima intolerable". Esto provocó la siguiente réplica de un corresponsal de Cambridge: "Me temo que somos ahora menos humildes que antaño. Entonces quemábamos ancianas porque, sin dar razones, sentíamos en nuestro corazón que la brujería era intolerable".

Esta réplica es amarga, pero su amargura resulta saludable. No es probable —supongo— que en Inglaterra volvamos a dedicarnos a la quema de ancianas por brujería o a imponer penas a la gente por asociarse con personas de diferente raza o color, o a penar también por adulterio. No obstante, si estos actos se contemplasen con intolerancia, indignación y repugnancia, como se sigue mirando el adulterio en algunos países, parece que, según los principios de Sir Patrick, no podría oponerse ninguna crítica racional a la pretensión de que fueran penados por la ley. Sólo

podríamos pedir que, en palabras suyas, variasen los límites de la tolerancia.

Extraña lógica

Es imposible adivinar qué extraña lógica ha llevado a Sir Patrick a esta conclusión. Según él, una práctica es inmoral si su sola idea asquea al hombre del autobús de Clapham. Así sea. Sin embargo, ¿por qué no hemos de reunir todos nuestros recursos de razón, comprensión e inteligencia crítica, e insistir en que, antes de convertirse en ley penal un sentimiento moral general, se someta a un escrutinio de índole diferente del de Sir Patrick? Seguramente, el legislador debería preguntarse si la moralidad general se basa en ignorancia, superstición o error; si existe la idea falsa de que quienes practican lo que ésta condena son en otro sentido peligrosos u hostiles a la sociedad; y si se entienden debidamente el sufrimiento infligido a las partes, el chantaje y las demás consecuencias funestas de la sanción penal, especialmente por delitos sexuales. Es, sin duda, sorprendente que, entre los puntos que según Sir Patrick han de considerarse antes de legislar contra la inmoralidad, no aparezcan por ninguna parte estas reflexiones, ni aun como "consideraciones prácticas", y mucho menos como "límites teóricos". Ante cualquier teoría que, como ésta, afirme que el derecho penal puede utilizarse por la vaga razón de que la salvaguarda de la moralidad es imprescindible a la sociedad y, sin embargo, no haga hincapié en la necesidad de un previo análisis crítico, nuestra réplica debe ser: "¡Moralidad, qué crímenes pueden cometerse en tu nombre!"

Como Mill advirtió, y de Tocqueville demostró con lujo de detalles mucho tiempo atrás, en su estudio crítico pero comprensivo sobre la democracia, es fatalmente fácil confundir el principio democrático de que el poder debe estar en manos de la mayoría con la pretensión, completamente diversa, de que la mayoría en posesión del poder no tiene que respetar ningún límite. Ciertamente, en una democracia existe el riesgo peculiar de que la mayoría pueda dictar cómo debe vivir la colectividad. Éste es el riesgo que corremos, y que debemos arrostrar alegremente, porque es el precio de las excelencias del régimen democrático; pero la lealtad a los principios democráticos no nos exige agigantar ese riesgo. Sin embargo, eso es lo que haríamos si montáramos al hombre de la calle en el autobús de Clapham y le dijésemos que, si siente la suficiente repugnancia por lo que otras personas hacen en privado como para solicitar su supresión por la ley, no puede oponerse a su petición ninguna crítica teórica.

V

TEORÍA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL*

J. RAWLS

DEFINICIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Deseo ahora ilustrar el contenido de los principios del deber y la obligación natural, esbozando una teoría de la desobediencia civil. Como he indicado ya, esta teoría está pensada sólo para el caso especial de una sociedad casi justa, para una sociedad bien ordenada en su mayor parte pero en la que concurren, sin embargo, algunas violaciones graves de la justicia. Como supongo que un Estado cercano al ideal de justicia requiere un régimen democrático, esta teoría se refiere a la función y conveniencia de la desobediencia civil frente a la autoridad democrática legítimamente establecida. No es aplicable a otras formas de gobierno y, salvo de modo accidental, tampoco a otras clases de disidencia o resistencia. No voy a exponer este modo de protesta, junto con la acción militante y la resistencia, como táctica para transformar o aun derrocar un sistema injusto y corrompido. No hay dificultad para una actuación semejante en ese caso. Y si cual-

* Del libro *A Theory of Justice,* por JOHN RAWLS. Cambridge. Massachusetts (The Belknap Press, de Harvard University Press). Traducción al castellano. FCE México-Madrid, 1978. pp. 404-433.

quier medio encaminado a este fin está justificado, también lo estará, seguramente, la oposición no violenta. El problema de la desobediencia civil, tal como lo interpreto, se plantea solamente, dentro de un Estado democrático más o menos justo, a los ciudadanos que reconocen y aceptan la legitimidad de la Constitución. Tal dificultad es la de un conflicto de deberes. ¿En qué punto deja de ser imperativo el deber de acatar las leyes promulgadas por una mayoría legislativa (o los actos del poder ejecutivo apoyados por tal mayoría), en razón del derecho a defender las propias libertades y oponerse a la injusticia? Esta cuestión entraña la de la naturaleza y los límites del régimen mayoritario. Por este motivo, el problema de la desobediencia civil es una causa instrumental primordial para verificar cualquier teoría sobre el fundamento moral de la democracia.

La teoría constitucional de la desobediencia civil que voy a exponer tiene tres partes. En primer lugar, define esta clase de disidencia y sus diferencias respecto de otras formas de oposición a la autoridad democrática. Éstas comprenden desde las manifestaciones legales y las infracciones de ley destinadas a entablar causas de verificación ante los tribunales, hasta la acción militante y la desobediencia civil en dicha gama de posibilidades. En segundo lugar, establece las bases de la desobediencia civil y las condiciones en que tal actuación está justificada en un régimen democrático más o menos justo. Y, finalmente, explica la función de la desobediencia civil en un sistema constitucional y la conveniencia de este modo de protesta en una sociedad libre.

Antes de abordar estas materias, he de hacer una breve advertencia. No debemos confiar demasiado en una teoría de la desobediencia civil, ni siquiera en una

forjada para circunstancias especiales. Los principios precisos que deciden inmediatamente los casos reales no vienen a cuento. En cambio, una teoría útil define una perspectiva en la que pueda abordarse el problema de la desobediencia civil; identifica las consideraciones pertinentes y nos ayuda a asignarles su influencia correcta en los supuestos más importantes. Si, tras un momento de reflexión, nos parece que una teoría sobre estas materias ha aclarado nuestra visión y dado más coherencia a nuestras consideraciones, habrá valido la pena. Con esta teoría se ha conseguido lo que por el momento cabe razonablemente esperar: reducir la disparidad entre las convicciones de quienes aceptan los principios básicos de una sociedad democrática.

Debo empezar por definir la desobediencia civil como un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa.[1] Actuando de este modo, se ape-

[1] Me atengo aquí a la definición de desobediencia civil de H. A. BEDAU. Véase su artículo "On Civil Disobedience", en *Journal of Philosophy*, vol. 58 (1961), pp. 653-661. Hay que hacer constar que esta definición es más estricta que el significado apuntado en el ensayo de Thoreau, como indico en la sección siguiente. Una aseveración de una opinión similar se encuentra en MARTIN LUTHER KING, "Letter from Birmingham City Jail" (1963), nuevamente impresa en edición de H. A. BEDAU, *Civil Disobedience* (Nueva York, Pegasus, 1969), pp. 72-89. La teoría de desobediencia civil contenida en el texto es un intento de situar esta clase de concepto en un contexto más amplio. Algunos escritores recientes han definido también la desobediencia civil con mayor amplitud. Por ejemplo, HOWARD ZINN, en *Disobedience and Democracy* (Nueva York, Random House, 1968), pp. 119 y ss., la define como "violación deliberada y crítica del derecho para un fin social fundamental". A mí me interesa una noción más restringida. No quiero significar en absoluto que en un Estado democrático sólo esté justificada esta forma de disenso.

la al sentido de justicia de la mayoría y se declara que, según la opinión considerada, no se están respetando los principios de cooperación social entre hombres libres e iguales. Como comentario preliminar de esta definición, puede decirse que no hace falta que el acto de desobediencia civil contravenga la misma ley contra la que se protesta.[2] La definición incluye tanto la desobediencia civil que algunos han llamado indirecta como la directa, y es válida porque existen a veces buenas razones para no infringir la ley o la política que se tienen por injustas. Es posible desobedecer las ordenanzas de tráfico o las leyes de entrada ilegal como medio de invocar una causa; en cambio, si el gobierno promulga un reglamento impreciso y riguroso contra la alta traición, no sería conveniente cometer traición como medio de oponerse a él, y, en todo caso, la pena podría ser mucho más grave que la que uno estaría razonablemente dispuesto a aceptar. En otros casos es imposible violar directamente un plan de gobierno, como ocurre cuando atañe a negocios extranjeros o afecta a otra región del país. Un segundo comentario es que el acto de desobediencia civil se considera de hecho ilegal, al menos en el sentido de que los implicados en él no están simplemente planteando una causa instrumental para una decisión constitucional, sino que se hallan dispuestos a oponerse a una ley aunque ésta deba mantenerse. Sin duda, en un régimen constitucional, los tribunales pueden por último dar la razón a los disidentes y declarar inconstitucional la ley o política impugnada. Con frecuencia se

[2] Este comentario y los siguientes proceden de MARSHALL COHEN, "Civil Disobedience in a Constitutional Democracy", *The Massachusetts Review*, vol. 10 (1969), pp. 224-226 y 218-221, respectivamente.

da, pues, la incertidumbre de si la actuación de los disidentes ha de tenerse por ilegal o no; pero esto es simplemente un factor de complicación. Quienes recurren a la desobediencia civil para protestar contra leyes injustas no están dispuestos a desistir si los tribunales se manifiestan finalmente en desacuerdo con ellos, por muy complacidos que pudieran haber quedado con la decisión contraria.

Hay que observar, además, que la desobediencia civil es una actividad política, no sólo en el sentido de apuntar a la mayoría que detenta el poder político, sino también por ser una actuación regida y justificada por principios políticos, o sea, por los principios de justicia que rigen generalmente la Constitución y las instituciones sociales. Al justificar la desobediencia civil no se apela a principios de moralidad personal o a doctrinas religiosas, aunque puedan coincidir con las propias reclamaciones y respaldarlas; y ni qué decir tiene que la desobediencia civil no puede basarse solamente en el interés de un grupo o de una persona. En su lugar, se invoca la concepción común de la justicia, inherente al orden político. Se supone que en un régimen democrático medianamente justo existe una concepción pública de la justicia, con arreglo a la cual los ciudadanos ordenan sus asuntos políticos e interpretan la Constitución. La violación persistente y deliberada de los principios básicos de esta concepción durante un periodo prolongado de tiempo, especialmente la infracción a la igualdad de libertades fundamentales, invita a la sumisión o a la resistencia. Emprendiendo la desobediencia civil, una minoría fuerza a la mayoría a considerar si desea que se interpreten sus actuaciones de este modo o si, en razón del sentido colectivo de justicia, quiere reconocer las legítimas exigencias de la minoría.

Otro aspecto de la desobediencia civil es el de ser una actividad pública. No sólo apunta contra principios públicos, sino que además se realiza públicamente. Se emprende de manera abierta y se anuncia oportunamente; no es una actividad clandestina o secreta. Puede compararse con la tribuna y, siendo una forma de instancia, una expresión de convicción política profunda y consciente, tiene lugar en el fuero externo. Por esta razón, entre otras, la desobediencia civil es pacífica; trata de evitar el uso de la violencia, especialmente contra las personas, pero no, en principio, por aversión al uso de la fuerza, sino por ser una expresión terminante de una causa. Emprender actos de violencia que puedan causar daños y perjuicios es incompatible con la desobediencia civil como modo de instancia. Realmente, cualquier obstrucción de las libertades ciudadanas tiende a ocultar el carácter de desobediencia civil de una actuación. A veces, si con la apelación no se alcanza el fin propuesto, se entablará posteriormente una resistencia enérgica. No obstante, la desobediencia civil sirve de vehículo a convicciones conscientes y hondamente sentidas; aunque con ella se advierta y amoneste, no constituye de suyo una amenaza.

La desobediencia civil es pacífica por otra razón. Expresa una desobediencia a la ley dentro de los límites de la fidelidad a ésta, aunque situada en el extremo de dicha fidelidad.[3] Se infringe la ley, pero se expresa la fidelidad a ella con el carácter público y no violento de la actuación, con la disposición a aceptar

[3] Un debate más amplio de este aspecto puede encontrarse en CHARLES FRIED, "Moral Causation", *Harvard Law Review*, núm. 77 (1964), p. 1268. Debo a Gerald Loev la aclaración que sigue a la noción de acción militante.

las consecuencias legales de la propia conducta.[4] Esta fidelidad a la ley ayuda a manifestar a la mayoría que dicha actuación es, en sentido político, verdaderamente consciente y sincera, y que con ella se quiere apelar al sentido de justicia del público. Actuar de modo completamente abierto y no violento es dar garantía de la propia sinceridad, pues no es fácil convencer a otro de que los propios actos son conscientes, ni siquiera estar personalmente seguro de ello. Sin duda es posible imaginar un sistema legal en el que la conciencia de que una ley es injusta sea aceptada como justificación de su incumplimiento. Hombres de gran honestidad, que confiaran plenamente unos en otros, podrían poner en vigor tal sistema; pero, dadas las circunstancias, semejante proyecto sería probablemente inestable aun en un Estado próximo al ideal de justicia. Hemos de pagar un cierto precio por convencer a otros de que, según nuestro leal saber y entender, nuestras actuaciones tienen un fundamento moral suficiente en las convicciones políticas de la comunidad.

Tal como se ha definido, la desobediencia civil ocupa una posición intermedia entre la protesta legal y el ejercicio de causas instrumentales,* por un lado, y la

[4] Quienes definen la desobediencia civil más ampliamente podrían no aceptar esta distinción. Véase, ZINN, *Disobedience and Democracy*, pp. 27-31, 39, 119 y ss. Por otro lado, este autor niega que la desobediencia civil deba ser pacífica. Ciertamente, no se acepta la pena como un derecho merecido por un acto injusto. Más bien, uno está dispuesto a sufrir las consecuencias por mor de la fidelidad al derecho, lo que es otra cuestión. Esta definición da pie a una interpretación extensiva, en el sentido de que pueda impugnarse la acusación ante el tribunal, si se considera oportuno; pero, más allá de un cierto límite, la disidencia pierde el carácter de desobediencia civil, tal como se define aquí.

* Pleitos de ensayo, para verificar la interpretación de una nueva ley o la legalidad de una actuación pública. [N. del T.]

objeción de conciencia y las diversas formas de resistencia, por otro. En esta gama de posibilidades, representa una forma de disenso situada en el límite de la fidelidad a la ley. La desobediencia civil, así entendida, se distingue claramente de la acción y la obstrucción militante y difiere mucho de la resistencia enérgica organizada. El militante, por ejemplo, muestra una oposición mucho más profunda al sistema político existente. No lo acepta como cercano al ideal de justicia o moderadamente justo; considera que se aparta mucho de los principios que él profesa, o que sigue una concepción completamente errónea de la justicia. Aunque su actuación es concienzuda dentro de sus condicionamientos, no apela al sentido de justicia de la mayoría (o sea, de quienes detentan efectivamente el poder político), porque piensa que su sentido de la justicia es erróneo o ineficaz. En cambio, procura, mediante actos bien planeados de disolución, resistencia o similares, refutar el concepto dominante de justicia o provocar un movimiento en la dirección deseada. Así, el militante tratará de eludir la pena, pues no está dispuesto a aceptar las consecuencias legales de su violación de la ley; eso significaría no sólo someterse a fuerzas en las que no cree posible confiar, sino también reconocer la legitimidad de la Constitución a la que se opone.

En este sentido, la acción militante no está dentro de los límites de la fidelidad a la ley, sino que representa una oposición más intensa al orden legal; la estructura política fundamental se considera tan injusta o tan apartada de los ideales que se profesan, que hay que tratar de preparar el camino para un cambio radical o incluso revolucionario, y esto se ha de conseguir procurando que el público tome conciencia de las reformas fundamentales que deben

llevarse a cabo. Aunque en ciertas circunstancias la acción militante y otras clases de resistencia están seguramente justificadas, no voy a considerar tales casos. Como he dicho, pretendo limitarme a definir el concepto de desobediencia civil y a interpretar su función en un régimen constitucional cercano al ideal de justicia.

Definición de la objeción de conciencia

Aunque he distinguido ya la desobediencia civil de la objeción de conciencia, me falta explicar esta última noción, lo que haré seguidamente. Hay que reconocer, sin embargo, que para aislar estos dos conceptos es preciso dar una definición de la desobediencia civil más estricta que la tradicional, ya que se suele entender por desobediencia civil, en sentido más amplio, el incumplimiento de la ley, por razones de conciencia, que ni es clandestino ni entraña el uso de la fuerza. El ensayo de Thoreau es característico, aunque no definitorio, del sentido tradicional.[5] La utilidad del sentido más estricto quedará clara, según creo, cuando se haya examinado la definición de la objeción de conciencia.

Objeción de conciencia es el incumplimiento de un precepto legal o administrativo más o menos categórico. Es una objeción, puesto que el precepto va dirigido a nosotros y, dado el carácter de la situación, las autoridades saben si lo hemos aceptado o no. Ejemplos típicos de esto son la negativa de los primiti-

[5] Véase Henry David Thoreau, "Civil Disobedience" (1848), nuevamente impreso en la ed. de H. A. Bedau, *Civil Disobedience*, pp. 27-48. Véase la discusión crítica contenida en las observaciones de Bedau de las pp. 15-26.

vos cristianos a realizar ciertos actos de piedad prescritos por el Estado pagano y la negativa de los Testigos de Jehová a jurar bandera; otros ejemplos son la resistencia de un pacifista a hacer el servicio militar, o la de un soldado a obedecer una orden que considera manifiestamente contraria a la ley moral aplicable a la guerra, o bien, en el caso de Thoreau, la negativa a pagar un impuesto en razón de que con su satisfacción se ocasionaría una grave injusticia a otros. El acto personal se presupone conocido por las autoridades, por mucho que uno quiera, en ciertos casos, ocultarlo. Tratándose de un acto clandestino, sería preferible hablar de evasión de conciencia que de objeción de conciencia. Las infracciones clandestinas de una ley de esclavos fugitivos son ejemplos de evasión de conciencias. [6]

Existen varias diferencias entre la objeción (o la evasión) de conciencia y la desobediencia civil. Ante todo, la objeción de conciencia no es una forma de instancia que apele al sentido de justicia de la mayoría. Seguramente, tales actos no suelen ser clandestinos o secretos, pues la clandestinidad es a menudo imposible, de todos modos. Simplemente, se niega uno a obedecer una orden o a cumplir un precepto legal, pero sin invocar las convicciones de la comunidad, y en este sentido la objeción de conciencia no es un acto realizado en el fuero externo. Las personas dispuestas a negar su obediencia reconocen que puede no haber base para el entendimiento mutuo; pero no buscan ocasiones de desobedecer como medio de afirmar su causa. Más bien aguardan su oportunidad, esperando que no surja la necesidad de desobedecer.

[6] Debo estas distinciones a Burton Dreben.

Son menos optimistas que quienes emprenden la desobediencia civil y pueden no abrigar la esperanza de modificar leyes o planes. Es posible que la situación no les dé ocasión de demostrar su tesis, y cabe que tampoco tengan oportunidad de conseguir que la mayoría acepte sus pretensiones.

La objeción de conciencia no se basa necesariamente en principios políticos; puede basarse en principios religiosos o de otro carácter, disconformes con el orden constitucional. La desobediencia civil es la invocación de una concepción comunitaria de la justicia, mientras que la objeción consciente puede tener otros fundamentos. Por ejemplo, supuesto que los primitivos cristianos no justificaran su negativa a cumplir las costumbres religiosas del Imperio por razones de justicia, sino simplemente por ser contrarias a sus convicciones religiosas, su argumento no sería político; tampoco son políticos, con salvedades similares, los puntos de vista de un pacifista, dado que la concepción de justicia inherente a un régimen constitucional reconoce al menos la guerra defensiva. La objeción de conciencia puede, no obstante, basarse en principios políticos. Cabe que uno se niegue a aprobar una ley en la creencia de que es tan injusta que su cumplimiento resulta inadmisible. Tal sería el caso, por ejemplo, de una ley que ordenara a los súbditos esclavizar a otros o les exigiera someterse a esclavitud; ambos supuestos son violaciones manifiestas de principios políticos reconocidos.

Es cuestión ardua determinar qué medidas conviene adoptar cuando algunos hombres invocan principios religiosos negándose a realizar actos que, al parecer, se exigen en virtud de principios de justicia política. ¿Tiene derecho el pacifista a la exención del servicio

militar en una guerra justa, suponiendo que existan tales guerras, o está autorizado el Estado a imponer ciertas penas por incumplimiento? Se siente a veces la tentación de afirmar que el derecho debe siempre respetar los dictados de la conciencia, pero esto no es verdad. Como hemos visto en el supuesto de intolerancia, el orden jurídico debe regular la prosecución de los intereses religiosos por parte de los ciudadanos, de modo que se realice el principio de igualdad de libertades; y ciertamente puede prohibir prácticas religiosas tales como —por citar un caso extremo— el sacrificio humano (ni escudarse en la religiosidad ni en la conciencia es razón suficiente para amparar esta práctica). Una teoría de la justicia debe determinar, desde su punto de vista, el trato que ha de darse a quienes discrepan de ella. El fin primordial de una sociedad bien organizada, o de la que tiene un régimen próximo al ideal de justicia, consiste en preservar y consolidar las instituciones de justicia. Si se niega a una religión su expresión plena, la razón probable de tal decisión es que esa religión vulnera la igualdad de libertades. En general, el grado de tolerancia otorgado a las concepciones morales opuestas depende de la medida en que pueden admitirse, en plano de igualdad, dentro de un sistema justo de libertades.

La explicación de que el pacifismo tenga que respetarse, y no sólo tolerarse, es la de que concuerda bastante bien con los principios de justicia; esto tiene por única excepción la que se deriva de la actitud del pacifista respecto a la intervención en una guerra justa (en el supuesto de que, en algunas situaciones, las guerras defensivas están justificadas). Los principios políticos reconocidos por la comunidad guardan cierta afinidad con la doctrina que profesa el pacifista. Es común su aversión a la guerra y al uso de la fuerza, y

su creencia en la situación de igualdad de las personas, y dada la tendencia de las naciones, en particular las grandes potencias, a entrar en guerra sin justificación y a poner en movimiento el aparato estatal para reprimir la disidencia, el respeto otorgado al pacifismo sirve para alertar a los ciudadanos sobre las injusticias que el poder público tiende a cometer en su nombre. Aunque sus opiniones no sean totalmente acertadas, las advertencias y protestas que un pacifista está dispuesto a expresar pueden dar por resultado que, en resumidas cuentas, los principios de justicia queden mejor garantizados. Es de presumir que el pacifismo, como divergencia natural de la doctrina correcta, compensará la débil situación de estos hombres por mantenerse fieles a sus creencias.

Conviene advertir que, por supuesto, no se da en las situaciones reales una distinción tajante entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Por otra parte, el mismo acto (o sucesión de actos) puede participar de las características de ambas figuras. Mientras ciertos casos representan claramente una u otra, se recurre a la contraposición de ambas como medio de elucidar la interpretación de la desobediencia civil y su función en una sociedad democrática. Dado el carácter de este modo de actuación como una clase especial de apelación política, no suele quedar justificado mientras no se hayan intentado otros medios dentro del marco de la legalidad. Por el contrario, este requisito huelga frecuentemente en los casos evidentes de objeción de conciencia legítima. En una sociedad libre, nadie puede ser obligado, como se obligaba a los primitivos cristianos, a realizar actos religiosos con violación del principio de libertad igual, ni debe un soldado acatar órdenes intrínsecamente perniciosas mientras aguarda una apelación a una

autoridad de rango superior. Estas observaciones sirven de introducción a la cuestión de la justificación.

JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Teniendo en cuenta estas diversas distinciones, paso a considerar las circunstancias en las cuales está justificada la desobediencia civil. Para simplificar, limitaré mi exposición a las instituciones nacionales y, por ende, a injusticias internas de una sociedad dada. Suavizaré un poco el carácter un tanto estricto de esta limitación, abordando el problema contrapuesto de la objeción de conciencia en relación con la ley moral aplicable a la guerra. Comenzaré por trazar las que parecen condiciones razonables para emprender la desobediencia civil, y más adelante relacionaré estas condiciones, de modo más sistemático, con la significación de la desobediencia civil en un Estado cercano al ideal de justicia. Desde luego, las condiciones que voy a enumerar deben tomarse como presunciones; sin duda, habrá situaciones en las que, no siendo éstas válidas, será posible aducir otros argumentos en apoyo de la desobediencia civil.

La primera atañe a la clase de injusticias que constituyen objeto idóneo de la desobediencia civil. Pues bien: si se considera tal desobediencia un acto político que apunta al sentido de justicia de la colectividad, parece razonable, siendo iguales las demás circunstancias, limitarla a supuestos de injusticia manifiesta y sustancial, dando preferencia a las injusticias que impiden la eliminación de otras. Por esta razón, existe una presunción a favor de la limitación de la desobediencia civil a transgresiones graves del primer principio de justicia, a saber, el principio de libertad igual, y

a violaciones flagrantes de la segunda parte del segundo principio, esto es, del principio de igualdad de oportunidades. Desde luego, no siempre es fácil determinar si se observan estos principios; no obstante, si consideramos que garantizan las libertades fundamentales, resulta evidente a menudo que éstas no se respetan. Al fin y al cabo, dichos principios imponen ciertos requisitos estrictos que deben manifestarse visiblemente en las instituciones. Así, cuando se niega a algunas minorías el derecho al voto, al ejercicio de la función pública, a poseer bienes o a trasladarse de un lugar a otro, o cuando se reprime a determinados grupos religiosos o se niega a otros diversas oportunidades, estas injusticias se hacen patentes a cualquiera. Además, públicamente, son objeto de la práctica reconocida de las reformas sociales, cuando no del texto de tales reformas; pero el reconocimiento de estas injusticias no presupone un examen completo de sus efectos institucionales.

En cambio, las violaciones del principio de diferencia son más difíciles de comprobar. Habitualmente, se da una amplia gama de opiniones, racionales pero contradictorias, en torno a la cuestión de si se cumple este principio. Ello se debe a que dicho principio es aplicable principalmente a instituciones y planes económicos y sociales. La opción entre éstos depende de creencias teóricas y especulativas, así como de la abundancia de estadísticas y otras informaciones, todo ello sazonado con juicio perspicaz y simples corazonadas. En vista de la complejidad de estas cuestiones, resulta difícil comprobar en ellas la influencia del interés personal y de los prejuicios; y, aunque en nuestro caso lo consigamos, otra cuestión será convencer a los demás de nuestra buena fe. En razón de ello, salvo que las leyes tributarias, por ejemplo, estén

claramente encaminadas a atacar o coartar una libertad ciudadana, no deben normalmente combatirse mediante la desobediencia civil. La invocación de la concepción de la justicia admitida por el público no está aquí suficientemente clara. Es preferible dejar la solución de estos problemas al procedimiento político, con tal de que se halle garantizado el requisito de igualdad de libertades. En este caso, cabe suponer que se llegará a un compromiso razonable. La violación del principio de libertad igual es, por tanto, el objetivo más apropiado de la desobediencia civil. Este principio define el estado general de igualdad ciudadana en un régimen constitucional y reside en la base misma del orden político. Cuando se respeta plenamente, cabe presumir que otras injusticias, si son persistentes y significativas, no escaparán del rigor de la justicia.

Otra condición para el ejercicio de la desobediencia civil es la que se expone a continuación. Supongamos que las instancias normales a la mayoría política se han formulado ya de buena fe pero sin resultado, que los remedios legales han sido ineficaces (así, por ejemplo, los partidos políticos existentes se mostraron indiferentes a las reclamaciones de la minoría o dieron pruebas de mala voluntad en acomodarse a ellas) y que los intentos de hacer derogar las leyes fueron desestimados y las protestas y manifestaciones legales no han tenido éxito. Puesto que la desobediencia civil constituye entonces el último recurso, debemos estar seguros de que es necesaria. Nótese que no se ha dicho, sin embargo, que se hayan agotado todos los medios legales. De cualquier modo, pueden reiterarse las instancias normales; el libre uso de la palabra es siempre posible. Pero si las pasadas actuaciones han demostrado una mayoría inconmovible o apática, se

considerarán inútiles, con razón, ulteriores intentos, y se habrá cumplido una segunda condición justificativa de la desobediencia civil. Esta condición es, no obstante, una presunción. Algunos casos pueden ser tan extremados que quede excluido el deber de ejercitar primero los medios legales de oposición política. Si, por ejemplo, el cuerpo legislativo llegase a promulgar una ley que supusiera una violación afrentosa de la igualdad de libertades (pongamos por caso, prohibiendo el culto religioso a una minoría débil e indefensa), no cabe esperar que la secta se oponga a dicha ley por los procedimientos políticos normales. Realmente, aun la desobediencia civil sería demasiado suave, tras haber resultado la mayoría culpable de designios arbitrariamente injustos y abiertamente hostiles.

La tercera y última condición que voy a exponer puede ser bastante complicada. Se deriva del hecho de que, mientras las dos condiciones precedentes bastan frecuentemente para justificar la desobediencia civil, no siempre ocurre así. En determinadas circunstancias, el natural deber de justicia puede imponer ciertas limitaciones. Entenderemos esto teniendo en cuenta lo siguiente: si a cierta minoría le asiste la razón para emprender la desobediencia civil, esta misma actitud por parte de otra minoría que se encuentre en circunstancias similares estará también justificada. Aplicando las dos condiciones anteriores como criterios determinantes de las circunstancias pertinentes similares, podemos decir que, en situación análoga, dos minorías tienen razón en recurrir a la desobediencia civil si vienen soportando durante el mismo periodo de tiempo idéntico grado de injusticia y sus apelaciones políticas, análogamente sinceras y normales, han resultado ineficaces. Es concebible, aunque

improbable, que muchos grupos tengan razones igualmente acertadas (en el sentido que acabo de definir) para ejercitar la desobediencia civil; pero es de suponer también que, si todos ellos actuaran de este modo, resultarían graves desórdenes que podrían destruir la eficacia de la Constitución justa. He de admitir, pues, que existen unos límites dentro de los cuales puede emprenderse la desobediencia civil sin destruir el respeto al derecho y a la Constitución, lo que provocaría consecuencias desagradables para todos. Existe, además, un límite superior que limita la capacidad de manejar tales formas de disenso por parte de la opinión pública; puede falsearse la apelación que los grupos en desobediencia civil desean hacer y perderse de vista su intención de invocar el sentido de justicia de la mayoría. Por una o ambas de estas razones, la eficacia de la desobediencia civil como forma de protesta decae a partir de cierto momento y quienes la acarician deben tener en cuenta tales limitaciones.

La solución ideal, desde un punto de vista teórico, requiere una coalición de las minorías para regular el grado general de disenso. Una hipótesis ilustrará la naturaleza de la situación: la existencia de muchos grupos, dotados del mismo derecho a iniciar la desobediencia civil. Todos ellos desean ejercitar ese derecho, igualmente firme en cualquiera de los casos; pero, si lo ejercitan a la vez, puede derivarse un perjuicio duradero para la Constitución justa a la que todos reconocen una función natural de justicia. Pues bien: cuando existen muchas pretensiones igualmente válidas que, si se admiten conjuntamente, rebasan lo que puede otorgarse, se debe adoptar un plan apropiado para conseguir que todas ellas sean consideradas equitativamente. En casos de simple reivindicación de una cantidad fija de bienes indivisibles, un

sistema de rotación o de sorteo será la solución adecuada cuando el número de reclamaciones igualmente válidas sea excesivo;[7] pero esta clase de expediente es, en este supuesto, completamente utópica, y lo que aquí parece más indicado es un acuerdo político entre las minorías afectadas por la injusticia. Pueden cumplir su deber de acatamiento a las instituciones democráticas coordinando sus actuaciones de tal modo que, mientras tengan oportunidad de ejercitar su derecho, no se sobrepasen los límites de grado de la desobediencia civil. Una alianza de esta clase es, sin duda, difícil de concertar; pero, con un mando perspicaz, no parece imposible.

Ciertamente, la situación considerada es especial, y resulta muy posible que esta clase de consideraciones no sea obstáculo para una desobediencia civil justificada. No es probable que existan muchos grupos que, teniendo igual derecho a emprender esta forma de disidencia, reconozcan al mismo tiempo el deber de acatar una Constitución justa. Hay que advertir, sin embargo, que una minoría agraviada tendrá la tentación de considerar su reclamación tan plausible como la de cualquier otra; y, por tanto, si las razones de los diversos grupos para entrar en desobediencia civil son

[7] Una relación de las circunstancias en las que se requiere un arreglo equitativo puede leerse en KURT BAIER, *The Moral Point of View* (Ithaca, N. Y., Cornell University Press, 1958), pp. 207-213, y en DAVID LYONS, *Forms and Limits of Utilitarianism* (Oxford, The Clarendon Press, 1965), pp. 160-176. Lyons ofrece un modelo de plan de rotación equitativa, y observa que, dejando a un lado los costos de llevarlos a cabo, tales procedimientos pueden resultar bastante eficaces. Véase pp. 169-171. Acepto las conclusiones de su explicación, incluso su argumento de que la noción de equidad no puede explicarse equiparándola a utilidad (pp. 176 y ss.). Debe traerse a colación también la disertación anterior, de C. D. BROAD, "On the Function of False Hypotheses in Ethics", *International Journal of Ethics*, vol. 26 (1916), y en especial las pp. 385-390.

igualmente apremiantes, será razonable en muchos casos presumir que no cabe hacer distinción entre sus pretensiones. Adoptando esta regla, la circunstancia imaginada parece más verosímil. Esta clase de casos es ilustrativa, además, de un hecho: que el ejercicio del derecho de disenso, como, en general, el ejercicio de los derechos, está limitado a veces por otras personas con igual derecho. El ejercicio de este derecho por la generalidad de los sujetos traería consecuencias desastrosas para todos, y por ello se requiere un plan equitativo.

Supongamos que, a la luz de estas consideraciones, alguien tiene derecho a invocar su causa por medio de la desobediencia civil; que la injusticia contra la que se protesta es una violación manifiesta de la igualdad ciudadana o de la igualdad de oportunidades, habiendo sido esta violación más o menos deliberada durante un tiempo prolongado, frente a la oposición política normal; y que se han obviado las complicaciones suscitadas por la cuestión de la equidad. Estas condiciones no son exhaustivas (hay que prevenir, además, la posibilidad de perjuicio a terceros —por así decirlo— inocentes); pero supongo que comprenden los aspectos principales. Falta por resolver, desde luego, la cuestión de si es razonable o prudente ejercitar este derecho. Una vez demostrado que éste existe, y no antes, se está en libertad de remitir a estos principios la solución del problema; pero, aunque hagamos valer nuestro derecho, actuaremos imprudentemente si nuestra conducta sirve tan sólo para provocar la severa represalia de la mayoría. A buen seguro, en un régimen próximo al ideal de justicia, la represión vengativa del disenso legítimo es improbable; pero importa mucho que la actuación esté convenientemente planeada, para que represente un llamamiento eficaz

a la colectividad. Comoquiera que la desobediencia civil es un modo de pronunciamiento que va dirigido a la opinión pública, hay que procurar que sea bien interpretada. Así, el ejercicio del derecho a la desobediencia civil, como el de otro derecho cualquiera, debe estructurarse racionalmente, a fin de promover los fines propios o los de la persona a quien se desea defender. La teoría de la justicia no tiene nada especial que decir a propósito de estas consideraciones prácticas. En todo caso, las cuestiones de estrategia y de táctica dependen de las circunstancias concretas; pero, eso sí, la teoría de la justicia debe determinar en qué aspecto están correctamente planteadas estas materias.

Ahora bien, en esta explicación de la justificación de la desobediencia civil, no he mencionado el principio de imparcialidad. El natural acatamiento a la justicia es la base primordial de nuestra adhesión política a un régimen constitucional. Como hemos hecho constar antes (cap. 52 de *Theory of Justice*), sólo los miembros más favorecidos de la sociedad son susceptibles de tener una clara obligación política, en lugar de un deber político. Están mejor situados para acceder a un cargo público y les resulta más fácil sacar provecho del sistema político; además, habiendo conseguido esto, han adquirido a la vez, para con los ciudadanos, la obligación de apoyar la Constitución justa. En cambio, los miembros de las minorías sometidas, o sea, los que tienen poderosas razones para la desobediencia civil, carecen generalmente de una obligación política de esta índole. Esto no significa, sin embargo, que en su caso el principio de imparcialidad no dé lugar a importantes obligaciones,[8] pues no solamente

[8] Expone estas obligaciones MICHAEL WALZER en *Obligations: Essays on Disobedience, War, and Citizenship* (Cambridge, Harvard University Press, 1970), cap. III.

derivan de él numerosas exigencias de la vida privada, sino que entra en vigor cuando personas o grupos se asocian para fines políticos comunes. Del mismo modo que adquirimos obligaciones respecto a las personas, con las que nos hemos agrupado en diversas asociaciones privadas, quienes se comprometen en la actividad política asumen vínculos obligatorios unos con otros. Por ello, aunque las obligaciones políticas de los disidentes para con los ciudadanos son generalmente dudosas, surgen entre ellos lazos de lealtad y de fidelidad cuando tratan de promover su causa. En general, la asociación libre amparada por una Constitución ecuánime origina ciertas obligaciones, en el supuesto de que los fines del grupo sean legítimos y sus disposiciones justas. Este principio es aplicable tanto a asociaciones políticas como de otra clase. Estas obligaciones tienen enorme importancia y limitan de muchas maneras las facultades individuales; pero hay que distinguirlas de la obligación de cumplir una Constitución justa. Mi explicación de la desobediencia civil está expresada sólo a tenor del deber de justicia; una panorámica más completa indicaría la importancia de estas otras exigencias.

Justificación de la objeción de conciencia

Al examinar la justificación de la desobediencia civil, establecí, en gracia a la simplicidad, la hipótesis de que las leyes y planes combatidos se referían a asuntos nacionales. Es natural que se pregunte cómo se aplica la teoría del deber político a la política extranjera. Pues bien: para responder a esta pregunta, es necesario extender la teoría de la justicia al derecho

internacional. Trataré de indicar cómo puede hacerse esto. Para fijar las ideas, consideraré brevemente la justificación de la objeción de conciencia a intervenir en ciertos actos bélicos o a servir en las fuerzas armadas. Parto de la hipótesis de que esta objeción esté basada en principios políticos, no religiosos o de otra índole, es decir, que los principios citados por vía de justificación sean los del concepto de justicia inherente a la Constitución. Nuestro problema consiste, pues, en relacionar los principios políticos justos que regulan la actividad estatal con la doctrina del contrato social y explicar el fundamento moral del derecho internacional desde este punto de vista.

Supongamos que hemos deducido los principios de justicia aplicables a las colectividades individualmente consideradas y su estructura básica. Imaginemos también que se han adoptado los diversos principios de deber natural de acatamiento y de obligación exigibles a los individuos. Así, las personas, en la posición original, han acatado los principios jurídicos que pueden aplicarse a su colectividad y a ellas mismas en cuanto miembros de aquélla. Pues bien, en este aspecto puede extenderse la interpretación de esa condición original y considerar a las partes representantes de diferentes naciones que deben escoger, de común acuerdo, los principios fundamentales que han de regir la solución de los conflictos internacionales. Siguiendo la concepción de la situación inicial hasta sus últimas consecuencias, demos por supuesto que estos representantes carecen de diversas clases de información. Aunque saben que representan a diferentes naciones que viven en las circunstancias normales de la vida humana, nada saben de las circunstancias particulares de su colectividad, ni de su poderío y su fuerza en comparación con otras naciones, ni conocen la impor-

tancia: que se les concede en su colectividad. A los contratantes, en este caso representantes de los diversos estados, se les concede también en esta ocasión el conocimiento estrictamente necesario para tomar una decisión racional que proteja los intereses nacionales, pero no hasta el punto de que los más afortunados de entre ellos puedan sacar provecho de su especial situación. Esta posición original es favorable a las relaciones internacionales, anula las contingencias y sesgos del sino histórico. La justicia internacional se determina en virtud de los principios que deben elegirse en la posición original así interpretada. Estos principios son políticos, porque rigen los planes del poder público en relación con las otras naciones.

Puedo dar sólo una indicación de los principios que deben reconocerse; pero, en todo caso, no tendría que haber sorpresas, puesto que los principios elegidos han de ser —creo yo— conocidos.[9] El principio básico del derecho de gentes es el de igualdad. Los pueblos independientes organizados como estados tienen ciertos derechos fundamentales, iguales para todos. Este principio es análogo al de igualdad de derechos que corresponde a los ciudadanos en los regímenes constitucionales. Una consecuencia de esta igualdad de las naciones es el principio de autodeterminación, el derecho de un pueblo a solventar sus asuntos sin la intervención de potencias extranjeras. Otra consecuencia es el derecho a defenderse de los ataques de otras naciones, que incluye el de formar alianzas para salvaguardarlo. Otro principio es el de que los tratados deben cumplirse, con tal de que sean coherentes con los demás

[9] Véase J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6ª ed. (Oxford, The Clarendon Press, 1963), especialmente los caps. IV y V. Esta obra contiene toda la argumentación que necesitamos aquí.

principios que rigen las relaciones entre estados. Así, los tratados de defensa, debidamente interpretados, son vinculantes, pero los acuerdos para colaborar en un ataque injustificado son nulos *ab initio.*

Estos principios definen cuándo una nación tiene una justa causa para hacer la guerra o, en frase tradicional, un *jus ad bellum;* pero hay otros principios que regulan los medios que una nación puede utilizar para hacer la guerra, o sea, su *jus in bello.*[10] Aun en una guerra justa, ciertas formas de violencia son rigurosamente inadmisibles; y cuanto más dudoso e incierto es el derecho de un país a la guerra, tanto más severas son las coerciones sobre los medios que puede usar. Los actos permisibles en una guerra de legítima defensa, cuando son necesarios, pueden quedar categóricamente excluidos en una situación más dudosa. El fin de la guerra es una paz justa, y por tanto, los medios empleados no deben excluir la posibilidad de paz o fomentar un desprecio de la vida humana que ponga en peligro la seguridad nacional y la de la humanidad. El curso de la guerra ha de limitarse y ordenarse a este fin. Los representantes de los estados deben reconocer que su interés nacional, visto desde la posición original, se satisface mejor admitiendo estas limitaciones de los medios bélicos, y ello porque el interés nacional de un Estado justo se define por los principios de justicia previamente aceptados. El propósito de tal nación, por tanto, será ante todo el de mantener y preservar sus institucio-

[10] Una exposición más reciente es la de PAUL RAMSEY, *War and the Christian Conscience* (Durham, N. C., The Duke University Press, 1961); asimismo, la de R. B. POTTER, *War and Moral Discourse* (Richmond, Virginia, John Knox Press, 1969). Esta última obra contiene un valioso ensayo bibliográfico, pp. 87-123.

nes justas y las condiciones que las hacen posibles. No le mueve el deseo de hegemonía mundial o gloria nacional; ni interviene en la guerra por afán de lucro o con el fin de adquirir territorios. Estos fines, aunque predominantes en la conducta efectiva de los estados, son contrarios al concepto de justicia que define el interés legítimo de una sociedad. Admitidas estas presunciones, parece razonable suponer que habrá que optar por las prohibiciones tradicionales que incorporan los deberes naturales de protección de la vida humana.

Ahora bien: si la objeción de conciencia en tiempo de guerra invoca estos principios, es que se funda en una concepción política y no necesariamente en ideas religiosas u otras nociones. Aunque esta forma de repulsa pueda no ser un acto político, cuando no tiene lugar en el ámbito público, se basa en la misma teoría de la justicia que sirve de fundamento a la Constitución y preside su interpretación. Por otra parte, es de suponer que el ordenamiento jurídico interno reconocerá en forma de tratados la validez de, al menos, algunos de estos principios del derecho de gentes. Por consiguiente, si se ordena a un soldado que se comprometa a realizar ciertos actos bélicos ilícitos, puede negarse a ello si cree razonablemente y en conciencia que eso constituye una violación rotunda de los principios aplicables a la dirección de la guerra; puede sostener que, pensándolo bien, su deber natural de no ocasionar injusticias graves o daños a otros contrarresta su deber de obediencia. No me es posible explicar aquí lo que constituye una manifiesta violación de estos principios. Baste notar que ciertos casos evidentes son sobradamente conocidos. Lo fundamental es que, en esta clase de justificación, se citan principios políticos que pueden justificarse mediante

la doctrina del contrato social. A mi juicio, la teoría de la justicia puede hacerse extensiva hasta amparar este caso.

Una cuestión algo diferente es la de si uno debe alistarse en las fuerzas armadas durante una guerra determinada. La respuesta depende, probablemente, tanto del propósito de la guerra como de su dirección. Para aclarar la situación, supongamos que se efectúa el alistamiento y el individuo tiene que considerar si debe cumplir con el deber legal de incorporarse al servicio militar. En tales circunstancias, voy a imaginar que, puesto que el alistamiento es una obstrucción rigurosa de las libertades fundamentales de igualdad de ciudadanía, no puede justificarse en virtud de necesidades menos apremiantes que las de la seguridad nacional.[11] En una sociedad bien organizada, o en la cercana al ideal de justicia, estas necesidades las determina el fin de salvaguardar las instituciones justas. El reclutamiento es permisible sólo en caso de que lo exija la defensa de la libertad, concepto éste que incluye no solamente las libertades de los ciudadanos de la sociedad en cuestión, sino también las de las personas pertenecientes a otras sociedades. Por consiguiente, si un ejército de leva es menos propenso a convertirse en instrumento de injustificadas aventuras en el extranjero, podrá justificarse, a pesar de que el reclutamiento abusa de las libertades generales de los ciudadanos, pero sólo por esa razón. En todo caso, la prioridad de la libertad en el orden de fines propuesto requiere que el reclutamiento se utilice únicamente del modo impuesto por la garantía de aquélla. Considerado desde el punto de vista del órgano legislativo (cuya ac-

[11] Agradezco a R. G. Albritton la aclaración de esta y otras cuestiones de este párrafo.

tuación es etapa obligada para esta cuestión), el mecanismo de la leva sólo puede ser defendido con arreglo a esas bases. Los ciudadanos aceptarán esta medida como un modo oportuno de compartir las cargas de la defensa nacional. A buen seguro, los riesgos que cualquier individuo debe arrostrar son en parte resultado de casos fortuitos y de contingencias históricas; pero, con todo, en una sociedad bien organizada estos males se derivan de causas externas, o sea, de ataques injustificados desde el exterior. Aun así, es imposible que las instituciones justas eliminen enteramente estos infortunios; lo más que pueden hacer es tratar de asegurar que los riesgos de sufrimiento derivados de estas obligadas desventuras sean compartidos, de manera más o menos uniforme, por los miembros de la colectividad en el transcurso de sus vidas, y que, a ser posible, se eviten prejuicios de clase en la selección de los reclutas alistados.

Imaginemos, pues, una sociedad democrática en la que se efectúa un reclutamiento. Una persona puede en conciencia negarse a cumplir el deber de incorporarse a las fuerzas armadas, durante una guerra determinada, basándose en que los fines del conflicto son injustos. Tal vez el objetivo perseguido con la guerra sea la ventaja económica o el poderío nacional; pero la libertad de los ciudadanos no puede coartarse para conseguir estos fines, y, desde luego, es injusto y contrario al derecho de gentes atacar la libertad de otras sociedades por estas razones. No existe, en tal caso, una causa justa para la guerra, y esto puede ser lo bastante evidente como para justificar que un ciudadano se niegue a cumplir ese deber legal. Tanto el derecho de gentes como los principios de justicia vigentes en su colectividad vienen a apoyar su pretensión. Existe a veces otra razón para la objeción que

no se funda en el fin de la guerra sino en su dirección. Un ciudadano puede sostener que, una vez puesto en claro que la ley moral de guerra se viola regularmente, está facultado a abstenerse del servicio militar en virtud de su derecho de cumplir el deber de respeto a la ley natural, pues ya incorporado al ejército, y en una situación en que se le ordene realizar actos contrarios a la ética de guerra, puede verse imposibilitado de resistir al mandato de obediencia. Realmente, si los fines del conflicto son suficientemente dudosos y la probabilidad de recibir órdenes manifiestamente injustas es bastante grande, se tiene el deber, y no sólo el derecho, de rehusar. De hecho, la dirección y los fines establecidos en la acción bélica por los estados, en especial por los más grandes y poderosos, tienen en ciertas circunstancias tanta probabilidad de resultar injustos que es forzoso concluir que en un futuro previsible se deberá repudiar en absoluto el servicio militar. Así entendida, una forma de pacifismo contingente puede ser una postura perfectamente razonable: se admite la posibilidad de una guerra justa, pero no en las actuales circunstancias.[12]

Lo que hace falta, pues, no es un pacifismo general, sino una objeción de conciencia matizada que impida comprometerse en la guerra en ciertas circunstancias. Los estados no se han mostrado reacios a reconocer el pacifismo y otorgarle un estatuto especial. En cambio, la negativa a participar en cualquier guerra, sean cuales sean sus circunstancias, es una actitud espiritual que no puede menos de quedar relegada a la categoría de doctrina sectaria; no amenaza la

[12] Véase *Nuclear Weapons and Christian Conscience*, edición de WALTER STEIN (Londres. The Merlin Press. 1965), donde se expone esta clase de doctrina en relación con la guerra nuclear.

autoridad del Estado en mayor medida que el celibato del clero desafía la santidad del matrimonio,[13] y al eximir a los pacifistas de las normas correspondientes puede parecer, incluso, que el Estado hace gala de una cierta magnanimidad. Pero la objeción de conciencia basada en los principios de justicia internacional aplicables a determinados conflictos es otra cuestión, porque tal objeción es un enfrentamiento a las pretensiones del gobierno y, cuando se difunde, la continuación de una guerra injusta puede resultar imposible. Dada la frecuencia de proyectos predatorios por parte del poder estatal y la tendencia de los ciudadanos a delegar en el gobierno la decisión de hacer la guerra, es tanto más necesaria una disposición general de resistencia a las pretensiones del Estado.

Función de la desobediencia civil

El tercer objeto de la teoría de la desobediencia civil consiste en exponer su función dentro de un sistema constitucional y explicar su relación con una política democrática. Como siempre, doy por supuesto que la sociedad en cuestión está próxima al ideal de justicia; esto implica que hay en ella una forma de gobierno democrática, aunque puedan existir, pese a todo, graves injusticias. Supongo también que, en tal sociedad, los principios de justicia son reconocidos públicamente, mayormente como condiciones fundamentales de una cooperación voluntaria entre personas libres e iguales. Emprendiendo la desobediencia civil se intenta, pues, apelar al sentido de justicia de la mayoría y dar constancia de que, según una opinión sincera

[13] Esta idea la he tomado de Walzer, *Obligations*, p. 127.

y meditada, se están violando las condiciones de libre cooperación. De esta forma, instamos a otros a reconsiderar su postura, a colocarse en nuestro lugar, a reconocer que no pueden esperar de nosotros que accedamos *sine die* a las condiciones que nos imponen.

Ahora bien: la fuerza de esta apelación depende del concepto democrático de la sociedad como sistema de cooperación entre personas iguales. Si se entiende la sociedad de otro modo, esta forma de protesta está de más. Por ejemplo, si se piensa que el derecho en general refleja el orden natural y que el poder público está autorizado a gobernar, por derecho divino, como representante elegido por Dios, los súbditos sólo tendrán derecho a la súplica. Pueden invocar su causa, pero no desobedecer si su petición les es denegada, pues tal desobediencia significaría rebelarse contra la autoridad no ya sólo legal, sino moral, legítima y terminante. No quiere esto decir que al poder público no le sea posible equivocarse, sino únicamente que la situación no es susceptible de corrección por parte de los súbditos. No obstante, cuando la sociedad se interpreta como un proyecto de cooperación entre iguales, las personas perjudicadas por grave injusticia no tienen por qué someterse. Realmente, la desobediencia civil es, al igual que la objeción de conciencia, uno de los instrumentos estabilizadores de un sistema constitucional, aunque ilegal por definición. Junto a medios tales como elecciones libres y regulares y poder judicial independiente autorizado a interpretar la Constitución (no necesariamente escrita), la desobediencia civil, empleada con la debida mesura y con criterio firme, ayuda a mantener y consolidar las instituciones justas. Mediante la resistencia a la injusticia dentro de los límites de fidelidad a la ley, sirve para reprimir las desviaciones del imperativo de justi-

cia y corregirlas cuando sobrevienen. La disposición colectiva a recurrir en tales casos a la desobediencia civil confiere estabilidad a una sociedad bien organizada o cercana al ideal de justicia.

Es necesario enfocar esta doctrina desde el punto de vista de las personas que se encuentran en la posición original. Hay dos problemas conexos que éstas tienen que considerar. El primero es el de que, habiendo escogido principios aplicables a individuos, han de establecer pautas para medir la firmeza de los deberes y obligaciones naturales y, en particular, del deber de cumplir con una Constitución justa y con uno de sus procedimientos básicos, cual es la regla de la mayoría. El segundo problema es el de encontrar principios razonables para abordar situaciones injustas o circunstancias en las que los principios justos se cumplen sólo parcialmente. Pues bien, parece que, dados los supuestos que caracterizan a una sociedad próxima al ideal de justicia, las partes admitirán las presunciones antes examinadas, que especifican cuándo está justificada la desobediencia civil; reconocerían esos criterios como expresión de los casos en que esta forma de disenso es oportuna. De ese modo, se indicaría la gravedad del deber natural de justicia en un caso especialmente importante; además, se tendería a acentuar la realización de la justicia en todo el ámbito de la sociedad, robusteciéndose así la dignidad humana y el respeto mutuo. Como recalca la doctrina del contrato social, los principios de la justicia son los de cooperación voluntaria entre iguales. Denegar justicia a otro significa negarse a reconocerle como un igual (o sea, como una persona en consideración a la cual estamos dispuestos a sujetar nuestros actos a los principios que elegiríamos en una situación de igualdad ideal), o manifestar la intención de aprovechar las contingencias

de la suerte y la casualidad en beneficio propio. En uno y otro caso, la injusticia deliberada invita a la sumisión, o bien a la resistencia; pero mientras la sumisión aviva el desprecio hacia quienes perpetúan la injusticia y confirma su intención, la resistencia rompe los lazos comunitarios. Si, tras un lapso moderado, en espera de que se ejerciten las instancias políticas razonables de manera normal, los ciudadanos resolvieran disentir mediante la desobediencia civil, a raíz de infracciones de las libertades fundamentales, éstas quedarían algo más protegidas. Por tales razones, las partes adoptarían entonces las condiciones que definen la desobediencia civil justificada como medio de establecer, dentro de los límites de fidelidad a la ley, un instrumento decisivo para mantener la estabilidad de una Constitución justa. Aunque este modo de actuación sea, estrictamente hablando, ilegal, es empero un modo moralmente correcto de mantener un régimen constitucional.

Es de suponer que en una explicación más completa se daría la misma clase de explicación para las condiciones justificativas de la objeción de conciencia (entendida también en un contexto de Estado próximo al ideal de justicia); pero no voy a exponer aquí estas condiciones. En cambio, quisiera subrayar que la teoría constitucional de la desobediencia civil descansa únicamente en una idea de justicia, fundamento que da explicación aun a sus caracteres de publicidad y no violencia. Y lo mismo cabe decir de la explicación de la objeción de conciencia, si bien ésta requiere una reelaboración de la doctrina del contrato social. En ningún momento se ha hecho referencia a principios no políticos; las concepciones religiosas o pacifistas no son fundamentales, y, aunque las personas implicadas en desobediencia civil han obrado frecuente-

mente por motivos de esa índole, no existe una relación necesaria entre éstos y la desobediencia civil. Y es que esta forma de acción política puede entenderse como un modo de apelar al sentido de justicia de la comunidad, o como invocación de los principios admitidos de cooperación entre iguales. Siendo una apelación al fundamento moral de la vida cívica, la desobediencia civil es una actividad política y no religiosa. Confía en principios de justicia —dictados por el sentido común— que pueden considerarse necesarios para regir las relaciones interpersonales, y no en afirmaciones de fe religiosa y de amor cuya aceptación por todos es inútil pretender. Esto no significa, desde luego, que las concepciones no políticas carezcan de validez; de hecho, pueden confirmar nuestro parecer y respaldar nuestra actuación en determinados sentidos que se reconocen justos por otras razones. No obstante, no son estos principios, sino los principios de la justicia, o sea, las condiciones fundamentales de cooperación entre personas libres e iguales, los que sostienen la Constitución. La desobediencia civil, tal como ha sido definida, no requiere un fundamento sectario, sino que se deriva de la concepción pública de la justicia que caracteriza a una sociedad democrática. Así entendida, la concepción de la desobediencia civil forma parte de una teoría de libre gobierno.

Una distinción entre el constitucionalismo medieval y el moderno es que, en el primero, la supremacía de la ley no se garantizaba por controles institucionales establecidos. La fiscalización del gobernante que en sus decisiones y ordenanzas contravenía el sentido de justicia de la comunidad se limitaba, en la mayoría de los casos, a un derecho de resistencia de la sociedad entera o de una parte de ésta; pero ni siquiera este derecho parece haberse interpretado

como acto social: un rey injusto era depuesto sin más.[14] Faltaban, pues, en la Edad Media las ideas básicas del gobierno constitucional moderno, la idea del pueblo soberano dotado de autoridad por medio de elecciones, parlamentos y otras formas constitucionales.

Pues bien, de modo muy semejante a como el concepto moderno de gobierno constitucional se superpone a la concepción medieval, la teoría de la desobediencia civil completa la idea puramente legal de la democracia constitucional. Con dicha teoría pretenden formularse unas bases que justifiquen un posible desacuerdo con la autoridad democrática legítima mediante procedimientos que, aunque reconocidamente ilegales, expresan fidelidad a la ley y apelan a los principios políticos fundamentales de un régimen democrático. Así, a las formas legales del constitucionalismo cabe añadir ciertos modos de protesta ilegal que, en virtud de los principios por los que se rige el disenso, no violan los fines de una Constitución democrática. Por mi parte, he intentado mostrar cómo estos principios pueden explicarse por la doctrina contractualista.

Alguien podría objetar a esta teoría de la desobediencia civil que le falta realismo. Se presupone en ella que la mayoría tiene sentido de justicia, y cabe replicar que los sentimientos morales no constituyen un valor político importante. Lo que mueve a estos hombres es una diversidad de intereses: el afán de poder, de prestigio, de riqueza, y otros similares. Aunque obran prudentemente al aducir argumentos mora-

[14] Véase J. H. FRANKLIN, *Constitutionalism and Resistance in the Sixteenth Century* (Nueva York, Pegasus, 1969), introducción, pp. 11-15.

les en apoyo de sus pretensiones, entre una situación y otra sus opiniones no encajan en un concepto coherente de la justicia; en un momento dado, son más bien actos de oportunismo destinados a promover ciertos intereses. Incuestionablemente, hay mucho de verdad en esta afirmación, y en algunas sociedades es más válida que en otras; pero la cuestión esencial es la fuerza relativa de las tendencias que se oponen al sentido de la justicia, y si éste es siempre lo bastante firme como para poder invocarse con algún fin importante.

Unos pocos comentarios harán más plausible la explicación presentada. Ante todo, he supuesto continuamente que tratamos de una sociedad casi justa, lo que implica que existe en ella un régimen constitucional y una concepción de justicia reconocida públicamente. Es natural que, en determinadas situaciones, ciertos individuos y grupos tendrán la tentación de violar sus principios, pero el sentimiento colectivo a favor de éstos se manifiesta con gran vigor si es debidamente invocado. Se afirman estos principios como condiciones necesarias de cooperación entre personas libres e iguales. Si es posible identificar y aislar claramente de entre el grueso de la comunidad, a quienes perpetran la injusticia, las convicciones de la mayoría restante quizá resulten bastante influyentes. De otro modo, si las partes contendientes están igualadas, el sentimiento de justicia de las personas no comprometidas puede ser el factor decisivo. De todos modos, si no se dan circunstancias de esta índole, la prudencia de la desobediencia civil resulta sumamente problemática, pues, aunque quepa la posibilidad de apelar al sentido de justicia del sector más amplio de la sociedad, la mayoría puede verse impulsada a tomar medidas más represivas si el cálculo de ventajas

apunta en tal dirección. Los tribunales deberían tomar en consideración el carácter de desobediencia civil del acto contestatario y el hecho de que sea o parezca justificable a tenor de los principios políticos que sirven de base a la Constitución, y por estas razones, reducir y en algunos casos suspender la sanción legal.[15] Sin embargo, puede ocurrir lo contrario cuando falta el fundamento necesario. Hemos de reconocer que, normalmente, esa desobediencia civil justificable constituye una forma de disenso razonable y eficaz sólo en una sociedad regida en gran medida por un sentido de justicia.

Puede haber alguna mala interpretación del modo en que se dice que opera el sentido de justicia. Cabe pensar que este sentimiento se expresa en sinceras declaraciones de principios y en actuaciones que requieren un grado considerable de abnegación; pero suponer esto es pedir demasiado. Más probable es que el sentido de justicia comunitario se manifieste en la imposibilidad de que la mayoría se preste a tomar las medidas necesarias para suprimir a la minoría y castigar los actos de desobediencia civil, como autoriza la ley.

Las tácticas inclementes que pueden acariciarse en otras sociedades no se abrigan aquí como alternativas reales. Así, el sentido de la justicia afecta, de modos que con frecuencia no son desconocidos, nuestra interpretación de la vida política, nuestra percepción de los procedimientos posibles, nuestra determinación de resistir las protestas justificadas de otros, etc. A pesar de su supremacía, la mayoría puede abandonar su pos-

[15] RONALD DWORKIN ofrece una exposición general del tema en "On Not Persecuting Civil Disobedience", *The New York Review of Books* (6 junio 1968).

tura y acceder a las propuestas de los disidentes: su deseo de hacer justicia debilita su capacidad de defender sus ventajas injustas. El sentimiento de justicia será considerado una fuerza política más vigorosa cuando se reconozcan las sutiles formas con las que ejerce su influencia y, en particular, su función de hacer indefendibles ciertas posturas sociales.

En estas observaciones, he dado por supuesto que en una sociedad casi justa existe una aceptación pública de unos mismos principios de justicia. Afortunadamente, no era necesaria una hipótesis tan exagerada. De hecho, puede haber diferencias considerables entre las concepciones de justicia de los ciudadanos, aun suponiendo que estas concepciones conduzcan a opiniones políticas similares. Esto es posible porque premisas diferentes pueden ofrecer la misma conclusión. En tal caso, existe lo que podemos calificar de consenso más bien parcial que estricto. En general, es suficiente una coincidencia parcial de convicciones sobre la justicia para que la desobediencia civil resulte una forma de disensión política razonable y prudente.

Desde luego, no es necesario que dicha coincidencia sea perfecta; basta con que se satisfaga una condición de reciprocidad. Ambos bandos deben creer que, por mucho que difieran sus conceptos de la justicia, sus puntos de vista sostienen la misma opinión en la situación inmediata, y seguirían sosteniéndola aun cuando se intercambiaran las posturas respectivas. Finalmente, empero, existe un punto más allá del cual se quiebra el requisito de acuerdo de opiniones y la sociedad se escinde en partes más o menos definidas, que mantienen pareceres diversos sobre cuestiones políticas fundamentales. En este caso de consenso dividido estricto, la desobediencia civil no tiene ya ra-

zón de ser. Por ejemplo, supongamos que quienes no profesan la tolerancia, los que no soportarían a otros si detentaran el poder, desean protestar de su menor grado de libertad apelando al sentido de justicia de la mayoría, que sostiene el principio de libertad igual. Aunque aquellos que aceptan este principio consientan —como hemos visto— la intolerancia hasta el límite que la seguridad de las instituciones libres permite, se mostrarán probablemente ofendidos de que les sea recordado este deber por los intolerantes, que, si se cambiaran las tornas, establecerían su propio dominio; la mayoría se verá obligada a pensar que otros están explotando, para fines injustos, su fidelidad a la libertad igual. Esta situación viene a ilustrar una vez más el hecho de que un sentido comunitario de la justicia es un gran bien colectivo, que para conservarse requiere la cooperación de muchos. Los intolerantes pueden ser considerados "francotiradores", personas que buscan las ventajas de las instituciones justas pero no ponen nada de su parte por apoyarlas; aunque los que reconocen los principios de la justicia se vean siempre guiados por ellos, en una sociedad fragmentada, como en la impulsada por egoísmos de grupo, no existen las condiciones para la desobediencia civil. Sin embargo, no es necesario un consenso estricto, pues con frecuencia basta cierto grado de consenso parcial para que se cumpla la condición de reciprocidad.

A buen seguro, hay riesgos definidos en el recurso a la desobediencia civil. Una razón a favor de las formas constitucionales y de su interpretación judicial consiste en establecer una versión pública de la concepción política de la justicia y una explicación de la aplicación de sus principios a cuestiones sociales. Hasta cierto punto, es mejor establecer el derecho y

su interpretación que establecerlo correctamente. Por tanto, cabe objetar que la explicación precedente no determina quién ha de decir cuándo las circunstancias son tales que justifican la desobediencia civil, que invita a la anarquía al incitar a todos a decidir por sí mismos y a abandonar la presentación en público de principios políticos. La réplica a esto es que cada persona debe realmente tomar sus propias decisiones. Aunque normalmente los hombres buscan opinión y consejo, y aceptan los mandatos de quienes ostentan la autoridad cuando les parecen razonables, son siempre responsables de sus actos. No podemos declinar nuestra responsabilidad y cargar sobre otros el peso de la culpa. Esto es válido según cualquier teoría sobre el deber y la obligación política que sea compatible con los principios de una Constitución democrática. El ciudadano es autónomo, pero se le responsabiliza de lo que hace. Si ordinariamente creemos que debemos cumplir las leyes, es porque nuestros principios políticos nos llevan normalmente a esta conclusión. Ciertamente, en un Estado próximo a la justicia, existe una presunción a favor del cumplimiento a falta de razones contundentes en contrario. Las múltiples decisiones libres y razonadas de los individuos constituyen un régimen político ordenado.

Aun admitiendo que las personas interesadas deben determinar por sí mismas si las circunstancias justifican la desobediencia civil, de ahí no se deduce que uno tenga que decidir a su antojo. No es atendiendo a nuestros intereses personales, o a nuestras lealtades políticas estrictamente interpretadas, como hemos de decidirnos. Para obrar de modo autónomo y responsable, el ciudadano debe atender a los principios políticos que fundamentan y guían la interpretación de la Constitución. Ha de tratar de precisar cómo

tienen que aplicarse estos principios en las circunstancias del momento. Si, tras la debida reflexión, llega a la conclusión de que la desobediencia civil está justificada, y se comporta como es debido, obrará a conciencia; y, aunque pueda estar equivocado, no habrá actuado a capricho. La teoría de la obligación y el deber político nos da la posibilidad de establecer tales distinciones.

Guardan éstas paralelismo con los raciocinios y las conclusiones de las ciencias. También en ellas se es autónomo y responsable; hay que valorar teorías e hipótesis a la luz de la evidencia mediante principios reconocidos públicamente. Es verdad que existen obras autorizadas, pero éstas compendian el consenso de muchas personas que han decidido por sí mismas. La falta de una autoridad decisoria y, por ende, de una interpretación oficial que todos deben aceptar no induce a confusión, sino que es más bien una condición de avance teórico. Los iguales que aceptan y aplican principios razonables no necesitan un superior reconocido. ¿Quién tiene que decidir al respecto? He aquí la respuesta: deben decidir todos y cada uno, mediante reflexión personal; y con algo de sensatez, cortesía y buena suerte, el sistema suele dar resultados bastante buenos.

En una sociedad democrática, pues, se reconoce que cada ciudadano es responsable de su interpretación de los principios de justicia y de su conducta a la luz de éstos. No puede existir una declaración de tales principios, aprobada legal o socialmente, que estemos siempre moralmente obligados a aceptar, ni siquiera cuando emana de un tribunal supremo u órgano legislativo. Realmente, cada poder constitucional —legislativo, ejecutivo y judicial— expone su interpretación de la Constitución y los ideales políticos

que la informan.[16] Aunque es posible que el poder judicial tenga la última palabra en la decisión de una causa determinada, no es inmune a influencias políticas poderosas capaces de forzarlo a revisar su interpretación de la Constitución. El poder judicial presenta su doctrina mediante razones y argumentos; para que perdure su concepción de la Constitución debe persuadir de su corrección a la mayor parte de los ciudadanos. El órgano final de apelación no es el judicial, ni el ejecutivo, ni el legislativo, sino el electorado en su conjunto. Quienes ejercitan la desobediencia civil apelan a este cuerpo de manera especial. No habrá riesgo de anarquía mientras exista una concordancia suficientemente eficaz entre las concepciones de justicia de los ciudadanos y se respeten las condiciones para recurrir a la desobediencia civil. Que el pueblo pueda alcanzar tal comprensión y respetar estos límites, cuando se mantienen las libertades políticas fundamentales, es una presunción implícita en una organización democrática. No hay manera de imposibilitar el riesgo de contienda creadora de disensión, del mismo modo que no se puede conjurar la posibilidad de una profunda controversia científica. Y aunque una desobediencia civil justificada parezca amenazar la concordia cívica, la responsabilidad no recaerá en quienes protesten, sino en aquellos cuyo abuso de autoridad y de poder justifique tal oposición. Porque utilizar el aparato coactivo del Estado, a fin de mantener instituciones manifiestamente injustas, es en sí una forma de violencia ilegítima que los hombres, a su debido tiempo, tienen derecho a repeler.

[16] Una presentación de esta opinión, que debo agradecer, la debo a A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Nueva York, Bobbs-Merrill, 1962); especialmente, caps. v y vi.

VI

DEFENSA DEL ABORTO*

J. J. THOMSON[1]

EN SU MAYOR parte, la oposición al aborto se funda en la premisa de que el feto es un ser humano, una persona, desde el mismo momento de su concepción. En favor de esta premisa se dan argumentos que, según creo, no son válidos. Tomemos, por ejemplo, el más corriente de ellos. Se nos hace notar que el desarrollo de un ser humano desde la concepción, a través del nacimiento, hasta la infancia es continuo; se dice entonces que trazar una línea divisoria, elegir un punto de este desarrollo y decir "antes de este punto el concebido no es persona y después de él lo es" constituye una determinación arbitraria, una determinación que no encuentra ninguna razón justificativa en la naturaleza de las cosas. Se concluye que el feto es —o de todos modos sería mejor considerar que es— persona desde el momento de la concepción; pero esta conclusión no es lógica. Afirmaciones similares pueden hacerse sobre el desarrollo de una bellota en un roble; pero no se deduce de ahí que las bellotas son

* De *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, núm. 1 (otoño, 1971), pp. 47-66. Nueva edición autorizada por Princeton University Press.

[1] Agradezco mucho a James Thomson su disertación, así como la crítica y valiosas sugerencias que me ha brindado.

robles o que haríamos bien en considerar que lo son. Los argumentos de esta clase son denominados a veces "argumentos resbaladizos" —expresión que es quizá elocuente por sí misma—, y resulta desalentador que los oponentes al aborto recurran a ellos de manera tan pesada e incondicional.

Me inclino a admitir, sin embargo, que las perspectivas de "establecer una línea divisoria" en el desarrollo del feto parecen poco claras. Me inclino a pensar también que probablemente habremos de convenir en que el feto se convierte en persona mucho antes del nacimiento. Realmente, uno se lleva una sorpresa cuando averigua en qué periodo tan temprano de su vida comienza aquél a adquirir características humanas. Hacia la décima semana, por ejemplo, tiene ya cara, brazos y piernas, y dedos en manos y pies; órganos internos, y una actividad cerebral perceptible.[2] Por otra parte, creo que la premisa de que el feto sea persona desde el momento de la concepción es falsa. Un óvulo recién fecundado, un grupo de células recién implantado no es una persona, como tampoco una bellota es un roble; pero no voy a discutir sobre el particular, pues me parece de gran interés preguntar qué ocurre si, por mor de la discusión, admitimos la premisa. ¿Cómo precisamente a partir de ésta se pretende que lleguemos a la conclusión de que el aborto es moralmente ilícito? Los oponentes al aborto suelen emplear la mayor parte del tiempo en

[2] DANIEL CALLAHAN, *Abortion: Law, Choice and Morality* (Nueva York, 1970), p. 373. Este libro ofrece un estudio fascinante de los datos disponibles sobre aborto. Un estudio de la tradición judaica se contiene en DAVID M. FELDMAN, *Birth Control in Jewish Law* (Nueva York, 1968), 5ª parte; la tradición católica, en JOHN T. NOONAN, Jr., "An Almost Absolute Value in History", en *The Morality of Abortion*, edición de JOHN T. NOONAN, Jr. (Cambridge, Massachusetts, 1970).

demostrar que el feto es una persona, pero muy poco en explicar el paso de este aserto al de la ilicitud del aborto. Acaso consideran ese paso tan simple y evidente que no precisa mucho comentario, o tal vez ocurre simplemente que son parcos en argumentos. Muchos de los que defienden el aborto se apoyan en la premisa de que el feto no es una persona, sino tan sólo un menudo fragmento de tejido que se convertirá en persona al nacer; y ¿por qué aducir más argumentos que los necesarios? Cualquiera que sea la explicación, advierto que el paso que dan no es ni fácil ni evidente, que requiere un examen más atento que el que se da corrientemente y que, cuando efectuemos ese examen más atento, nos sentiremos inclinados a rechazarla.

Propongo, pues, que admitamos que el feto es una persona desde el momento de la concepción. ¿Cómo se deduce de ahí el argumento aludido? Supongo que de un modo parecido a éste: Toda persona tiene derecho a la vida, luego el feto lo tiene también. Sin duda, a la madre le corresponde el derecho a decidir el destino de su cuerpo y sus entrañas; cualquiera aceptaría esto. Pero, seguramente, el derecho de una persona a la vida es más firme y estricto que el derecho de la madre a decidir lo que haya de sobrevenir a su cuerpo y en su cuerpo, de tal modo que lo contrarresta. No se puede, pues, matar al feto; no se puede efectuar un aborto.

Esto parece plausible; pero permítame el lector que le pida imaginar lo siguiente. Una mañana, usted se despierta y se encuentra en el lecho, espalda contra espalda, con un violinista inconsciente, un famoso violinista en estado de coma. Se le ha encontrado una enfermedad renal fatal, y la Asociación de Amigos de la Música, habiendo examinado todos los registros médicos disponibles, ha averiguado que sólo usted

tiene el grupo sanguíneo apropiado para ayudarle. En consecuencia, le han secuestrado y, la noche anterior, han acoplado el sistema circulatorio del violinista al suyo, de manera que los riñones de usted puedan utilizarse simultáneamente para extraer las toxinas de la sangre del violinista y de la suya. El director del hospital le dice entonces:

—Mire usted, lamentamos que la Asociación de Amigos de la Música le haya hecho esto. De haberlo sabido, no lo habríamos permitido; sin embargo, lo ha hecho, y el violinista está ahora acoplado a usted. Para librarse de él, tendría que matarlo; pero no se preocupe, es sólo cuestión de nueve meses. Para entonces, se habrá restablecido de su enfermedad y podrá, sin riesgo, ser separado de usted.

¿Estaría el lector moralmente obligado a acceder a esta situación? Indudablemente, sería muy amable por su parte, un gesto de gran benevolencia, que la aceptase; pero ¿debe acceder? ¿Y si en vez de nueve meses, durase nueve años, o incluso más? Pensemos en lo que ocurriría si el director del hospital dijese:

—Es un tremendo fastidio, lo reconozco, pero ahora ha de guardar cama, con el violinista acoplado a usted, por el resto de su vida. Porque —recuérdelo— toda persona tiene derecho a la vida, y los violinistas son personas. Aun admitiendo el derecho de usted a decidir el destino de su cuerpo y sus vísceras, el derecho a la vida de otra persona predomina sobre ese derecho suyo, de suerte que jamás podrá ser separado de él.

Me imagino que usted consideraría aquello un ultraje, lo que denota que el argumento aparentemente plausible que antes mencioné adolece de algún error.

En este supuesto, usted fue secuestrado, desde luego, y no se prestó voluntariamente a la operación por la que acoplaron al violinista a sus riñones. Quienes se oponen al aborto por la razón antes mencionada, ¿no pueden exceptuar los casos de embarazo debido a violación? Ciertamente. Pueden decir que las personas tienen derecho a la vida, salvo si comienzan a existir a consecuencia de violación; o bien que todas las personas tienen derecho a la vida, pero algunas (en particular las que vienen al mundo a consecuencia de violación) lo tienen menos que otras. Sin embargo, estas afirmaciones suenan de un modo más bien desagradable. Seguramente, la cuestión de si una persona tiene derecho a la vida, y en qué medida, no debería relacionarse con la de que sea producto de una violación. Y, de hecho, quienes se oponen al aborto por la razón que antes mencioné no hacen esta distinción y, por tanto, no exceptúan el caso de violación.

Ni exceptúan tampoco el caso de que la madre tenga que pasar en cama los nueve meses del embarazo. Convendrán en que eso sería lamentable y muy penoso para la madre; pero que, de todos modos, las personas tienen derecho a la vida, el feto es una persona, etc. Sospecho, en realidad, que tampoco exceptuarían el caso en que, de modo un tanto milagroso, el embarazo se prolongase durante nueve años o incluso por el resto de la vida de la madre.

Algunos no exceptuarían siquiera el caso en que, probablemente, la continuación del embarazo acortara la vida de la madre; consideran ilícito incluso el aborto destinado a salvar la vida de ésta. Tales casos son hoy día muy infrecuentes, y muchos antagonistas del aborto rechazan esta opinión extrema. A pesar de todo, constituye un buen punto de partida: en rela-

ción con ella, se plantean numerosos problemas interesantes.

I. Llamaremos "opinión extrema" a la de que el aborto es ilícito, incluso el efectuado para salvar la vida a la madre. Ante todo, quiero indicar que no se deriva del argumento que antes mencioné sin la concurrencia de algunas premisas de peso. Supongamos que una mujer ha quedado embarazada y que se entera entonces de que su estado cardiaco es tal que morirá si pare a término. ¿Qué cabe hacer por ella? El feto, que es persona, tiene derecho a vivir; pero, como la madre es también una persona, tiene igualmente derecho a la vida. Es de suponer que madre y feto gozan de un mismo derecho a la vida. ¿Cómo puede llegarse a la conclusión de que no es lícito practicar un aborto? Si madre e hijo tienen un mismo derecho a la vida, ¿hemos de echar la cuestión a cara o cruz? ¿O debemos sumar al derecho a la vida de la madre su derecho a decidir el destino de su cuerpo y sus vísceras —que nadie parece dispuesto a negar—, de modo que prevalezca esta suma de derechos sobre el derecho a la vida del feto?

El argumento más conocido sobre el particular es el siguiente. Se nos dice que, de efectuarse el aborto, se mataría directamente[3] al niño, mientras que, si no se realizara, no se mataría a la madre, sino que únicamente se la dejaría morir; además, matando al niño, se mataría a una persona inocente, porque el concebido no ha cometido ningún crimen ni pretende causar

[3] El término "directo", que figura en los argumentos a que me refiero, es técnico. *Grosso modo*, "muerte directa" significa o bien matar como un fin en sí, o matar como medio para otro fin, por ejemplo, el de salvar una vida humana. Véase, más adelante, en nota 6, un ejemplo de su aplicación.

la muerte a su madre. El argumento continúa después, de diversas maneras: 1) pero, como matar directamente a una persona inocente es siempre absolutamente inadmisible, no puede efectuarse un aborto; 2) como matar directamente a una persona inocente es un asesinato, y éste es siempre absolutamente ilícito, no puede llevarse a cabo un aborto;[4] 3) como el deber de abstenerse de matar directamente a una persona inocente es más apremiante que el de evitar la muerte de una persona, no puede realizarse un aborto; 4) si la única opción posible es matar directamente a una persona inocente o dejar morir a una persona, se debe preferir esta segunda alternativa, por lo que no se puede efectuar un aborto.[5]

Algunos, según parece, no creen que estas premisas deban añadirse para llegar a esa conclusión, sino que se derivan del hecho de que una persona inocente tiene derecho a la vida;[6] pero esto me parece un error,

[4] Véase *Encyclical Letter of Pope Pius XI on Christian Marriage*, St. Paul Editions (Boston, sin fecha), p. 32: "Por mucho que compadezcamos a la madre cuya salud y aun cuya vida quedan expuestas a grave peligro por la ejecución del deber que le ha sido impuesto por naturaleza, ¿cuál podría ser una razón suficiente para excusar de algún modo la muerte directa del inocente? De eso es precisamente de lo que se trata. NOONAN, en *The Morality of Abortion*, p. 43, traduce así ese mismo pasaje: "¿Qué motivo puede valer para excusar de algún modo la muerte directa del inocente? Porque de eso se trata".

[5] La tesis contenida en 4) es una vía interesante, más débil que las de 1), 2) y 3). En estos números se declara ilegal el aborto aun en los casos en que madre e hijo estén condenados a morir si no se practica. Por el contrario, quien mantenga la opinión contenida en 4) podría decir, coherentemente, que no hay razón para preferir dejar morir a dos personas antes que matar a una sola.

[6] Véase el siguiente pasaje de Pío XII, *Address to the Italian Catholic Society of Midwives:* "El niño concebido en el seno materno recibe el derecho a la vida inmediatamente de Dios. De ahí que ningún hombre, ni ninguna autoridad humana, ni ciencia, ni

y el modo más sencillo de demostrarlo es quizá declarar que, aunque ciertamente debemos admitir que las personas inocentes tienen derecho a la vida, las tesis 1 a 4 son falsas. Consideremos, por ejemplo, la número 2: si matar directamente a una persona inocente constituye asesinato y, en cuanto tal, es ilícito, el hecho de que la madre mate directamente a la persona inocente que lleva en sus entrañas es un asesinato y es, por tanto, ilícito. Ahora bien: pensándolo detenidamente, no cabe considerar asesinato el que la madre se efectúe un aborto para salvar la vida. No se puede afirmar seriamente que *debe* abstenerse, que *debe* aguantarse pasivamente y aguardar la muerte. Consideremos de nuevo el supuesto de usted y el violinista. Usted se encuentra en cama, con el violinista, y el director del hospital le dice:

—Es sumamente angustioso, y me hago cargo de ello; pero, créame, la operación ha sometido a sus riñones a una mayor tensión y, antes de transcurrir un mes, morirá. De todos modos, no tiene más remedio que quedarse donde está, porque separarle del violinista implicaría matar a un inocente, y eso es un asesinato y, por tanto, inadmisible.

Si hay algo absolutamente cierto es que usted no cometería un asesinato, no haría nada ilícito, si se volviera hacia atrás y se desconectase del violinista para salvar la vida.

'prescripción' médica, eugenésica, social, económica o moral pueda establecer u otorgar un motivo jurídico válido para una disposición directa y deliberada de la vida de un ser humano inocente, es decir, una disposición que persiga su destrucción, como fin o como medio para otro fin, acaso de suyo no ilícito. El concebido no nacido es un ser humano en la misma medida y por la misma razón que la madre". (Citado por NOONAN en *The Morality of Abortion*, p. 45.)

El centro de atención de los escritos sobre el aborto ha sido la cuestión de qué puede o no puede hacer un tercero en respuesta a la proposición de abortar por parte de una mujer. Esto es en cierto modo comprensible. En las actuales circunstancias, no es mucho lo que una mujer es capaz de hacer por sí sola para practicarse un aborto de modo seguro. Así, la cuestión formulada es qué le es posible hacer a un tercero en tales casos; y lo que la madre puede hacer, si acaso se menciona, se deduce casi a modo de reflexión ulterior, de lo que en conclusión cabe que haga un tercero. No obstante, me parece que tratar el asunto de esta manera significa negar a la madre esa misma condición de persona que tanto se ha insistido en otorgar al feto, porque no es dado deducir lo que una persona puede hacer de lo que pueda efectuar un tercero. Suponga que se encuentra atrapado en una casa diminuta con un niño en crecimiento; me refiero a una casa extremadamente pequeña y a un niño con un rápido ritmo de crecimiento; pues bien: usted ya está arrinconado contra la pared de la casa y en unos minutos morirá aplastado; el niño, en cambio, no morirá así: en el caso de que no se haga algo para evitar que siga creciendo, se causará daño; pero, por último, simplemente hará estallar la casa y saldrá convertido en hombre libre. Comprendo perfectamente que entonces un observador dijera:

—No podemos hacer nada por usted. No nos es posible elegir entre su vida y la del niño, no podemos ser nosotros quienes decidamos quién tiene que vivir, no tenemos ocasión de intervenir.

Pero de ahí no cabe concluir que usted tampoco pueda hacer nada, que no le sea posible atacar al niño para salvar la vida. Por muy inocente que el niño pueda ser, usted no está obligado a esperar pasivamente

mientras él le hace morir aplastado. Quizá se intuya vagamente que una mujer encinta se encuentra en la situación de la casa, a la que no se reconoce el derecho de defensa propia; pero, si la mujer alberga al concebido, hay que tener presente que es una persona quien lo alberga.

Tal vez debería abrir una pausa para decir explícitamente que no pretendo afirmar que las personas tengan derecho a hacer cualquier cosa para salvar la vida. Creo, más bien, que el derecho de defensa propia tiene límites rigurosos. Si alguien induce a una persona, bajo amenaza de muerte, a torturar a un tercero hasta matarle, no creo que esa persona tenga derecho a tal acto, ni aun para salvar su vida; pero el caso que estamos considerando aquí es muy diferente. En nuestro caso, hay sólo dos personas implicadas: una cuya vida es amenazada y otra que la amenaza. Ambas son inocentes: la que es amenazada no lo es por razón de ninguna falta, ni la que amenaza es culpable de su amenaza. Por esta razón, los circunstantes estimaremos que no tenemos posibilidad de intervenir; pero la persona amenazada sí la tiene.

En suma, una mujer seguramente puede defender su vida de la amenaza que representa el concebido, aunque al hacerlo le ocasione la muerte. Y esto no sólo demuestra que las tesis 1 y 4 son falsas, sino también que la opinión extrema sobre el aborto es falsa, de manera que no necesitamos examinar otros modos posibles de llegar a esa conclusión a partir del argumento que mencioné al principio.

2. Desde luego, cabe atenuar la opinión extrema diciendo que, aunque el aborto es permisible para salvar la vida de la madre, no puede ser practicado por un tercero, sino sólo por la madre misma; pero esto

tampoco es cierto. Porque lo que hemos de tener en cuenta es que la madre y el concebido no nacido no son como inquilinos de una casita que, por un error infortunado, haya sido alquilada a ambos: la madre es *propietaria* de la casa. Este hecho aumenta la odiosidad de deducir que la madre no puede hacer nada de la presunción de que los terceros no pueden; pero, además, esclarece dicha presunción. Ciertamente, deja entrever que un tercero que dice "no puedo escoger entre ustedes" se engaña si piensa que esto constituye imparcialidad. Si Jones ha encontrado y se ha abrochado un cierto abrigo que necesita para protegerse del frío, pero que Smith necesita también para resguardarse de la helada, no es imparcialidad decir "no puedo elegir entre ustedes" si el gabán pertenece a Smith. Las mujeres han repetido hasta la saciedad: "¡Este cuerpo es *mío*!", y tienen razón en sentir enfado, tienen razón en pensar que su grito ha sido como clamar en el desierto. No es muy probable, en fin, que Smith nos bendiga si le decimos: "Claro que ese abrigo es suyo, nadie lo puede negar; pero nadie puede tampoco decidir cuál de los dos, usted o Jones, ha de poseerlo".

Realmente, debemos cuestionar qué importancia tiene la frase "nadie puede decidir", aliado del hecho de que el cuerpo que alberga al concebido es el cuerpo de la madre. Tal vez se trate simplemente de una falta de apreciación de este hecho; pero quizá sea algo más interesante, a saber, el sentimiento de que uno tiene derecho a negarse a poner las manos encima de la gente, aunque resulte justo y razonable hacerlo así, aun cuando parezca que la justicia exige a alguien tal acto. De ese modo, la justicia podría requerir a alguien que devolviera a Smith el abrigo que lleva Jones, pero esa persona, aun así, tendría derecho a abstenerse

de tocar a Jones, derecho a negarse a violentarle físicamente. Esto —creo yo— debe ser admitido; pero, en tal caso, lo que habría que decir no sería "nadie puede elegir", sino tan sólo "no puedo elegir" y, realmente, ni esto siquiera, sino "no quiero *actuar*", dejando intacta la posibilidad de que otra persona pueda o deba intervenir, y en particular la de que alguien en situación de autoridad, alguien que tenga la misión de defender los derechos de las personas, pueda y a la par deba. Por tanto, eso no presenta dificultad. No he pretendido demostrar con ello que cualquier tercero debe acceder a la petición de la madre de que le practique un aborto para salvarle la vida, sino sólo que puede.

Supongo que, según ciertas concepciones de la vida humana, el cuerpo de la madre es sólo un préstamo, y un préstamo que no es de los que llevan implícito un derecho excluyente. Quien sostuviera esta opinión tendría razón en considerar imparcialidad el decir "no puedo elegir"; pero yo, por mi parte, he de desestimar esta posibilidad. Mi opinión es que si un ser humano tiene algún derecho justo y excluyente sobre algo, su objeto es el propio cuerpo. Y puede que, de todos modos, no sea necesario defender este aserto aquí, puesto que, como he mencionado, los argumentos contra el aborto que estamos examinando conceden que la mujer tiene derecho a decidir la suerte de su cuerpo y sus vísceras.

Pero, aunque concedan esto, he tratado de demostrar que no toman en serio lo que se hace en consecuencia. Debo indicar, no obstante, que esta misma cuestión surgirá aún más claramente si, dejando a un lado los casos en que la vida de la madre está en peligro, atendemos —como pretendo hacer a continuación— los casos mucho más frecuentes en los que una

mujer necesita un aborto por razón menos importante que la de conservar la vida.

3. En los casos en que la vida de la madre no está en juego, el argumento que mencioné al principio parece ejercer una influencia mucho más intensa. "Toda persona tiene derecho a la vida, de modo que la persona no nacida tiene derecho a la vida." Y ¿no es el derecho a la vida del *nasciturus* más importante que todo lo demás, más importante incluso que el derecho a la vida de la madre, que ésta podría aducir en apoyo de un aborto?

Con este argumento, se trata el derecho a la vida como si no presentara problema alguno. Pero no es así, y esto me parece precisamente el origen del error.

Porque ahora deberíamos, por fin, preguntar qué representa tener derecho a la vida. Según algunas opiniones, éste comprende el derecho a recibir al menos lo mínimo indispensable que se necesita para sobrevivir. Supongamos, empero, que lo que de hecho *es* el mínimo imprescindible que un hombre requiere para sobrevivir es algo que no tiene derecho a recibir. Si estoy enfermo de muerte, y lo único que puede salvarme la vida es el toque de la mano fresca de Henry Fonda en la ardorosa frente, da lo mismo, pues no tengo derecho a su contacto. Sería extraordinariamente amable por su parte que viniera en avión desde la costa del Pacífico para otorgarme ese favor. Sería un gesto menos amable, aunque sin duda bien intencionado, que mis amigos hicieran un vuelo a la costa del Pacífico y regresaran con Henry Fonda; pero no tengo ningún derecho a exigir a nadie que haga esto por mí. Por otra parte, volviendo al supuesto a que me referí antes, el hecho de que, para sobrevivir, el violinista necesite utilizar continuamente los riñones de usted no

demuestra que tenga derecho a su uso ininterrumpido. Ciertamente no tiene derecho a reclamar a *usted* el uso continuo de sus riñones, porque a nadie le corresponde utilizarlos si usted no lo admite y tampoco tiene nadie derecho a exigirle que se le conceda ese privilegio. Si usted le permite usarlos continuamente, eso será una deferencia por su parte, y no algo que pueda reclamarle como cosa debida; ni tampoco tiene derecho a exigir a un tercero que le otorgue el uso ininterrumpido de los riñones de usted. Ciertamente, en primer lugar, no tiene derecho a exigir a la Asociación de Amigos de la Música que le acoplen a usted. Y si usted empieza entonces a desconectarse, sabiendo que de no hacerlo así tendrá que pasar nueve años en cama con él, nadie en el mundo debe tratar de impedírselo, a fin de procurar que se dé a ese hombre algo que tiene derecho a recibir.

Algunas personas interpretan el derecho a la vida de modo más estricto. En su opinión, éste no incluye un derecho a recibir algo, sino que constituye únicamente el derecho a que nadie atente contra la propia vida; pero en relación con esto surge una dificultad. Si todos deben abstenerse de matar a ese violinista, todos deberán también abstenerse de una gran diversidad de actos: habrán de abstenerse de degollarle, de disparar contra él... y de desconectarle de usted; pero ¿acaso tiene derecho él a exigir a alguien que se abstenga de desconectarle de usted? Y abstenerse de hacer esto significa dejarle que siga utilizando sus riñones; cabe argumentar que tiene derecho a exigirnos que le permitamos seguir usando sus riñones; es decir, aunque no posee ningún derecho a ordenarnos que le concedamos el uso de los riñones de usted, cabe afirmar que lo tiene a exigirnos que no intervengamos para privarle de él. Más adelante me ocuparé de la in-

tervención de terceros. Pero ciertamente el violinista no tiene derecho a exigir a usted que le permita seguir utilizando sus riñones. Como dije, si usted le permite usarlos, será un favor por su parte y no una deuda.

La dificultad que señalo aquí no es peculiar del derecho a la vida; se plantea también en relación con todos los derechos naturales; de ella se debe tratar en cualquier explicación correcta de un derecho. No obstante, para los fines que nos ocupan basta una llamada de atención al respecto. Debo recalcar, sin embargo, que no estoy tratando de demostrar que las personas no tengan derecho a la vida; muy al contrario, me parece que la principal comprobación que hemos de aplicar sobre la aceptabilidad de una descripción de derechos es que en ella se afirme con certeza que toda persona tiene derecho a la vida. Lo que pretendo demostrar es únicamente que tal derecho no garantiza ni el de recibir en uso el cuerpo de otra persona ni tampoco el de ser autorizado a usarlo de modo ininterrumpido, aunque el interesado lo necesite para vivir. Así, el derecho a la vida no sirve a los antagonistas del aborto de la manera simplicísima y clara en que, al parecer, han creído que les valdría.

4. Hay otro modo de expresar la dificultad. En el caso de índole más corriente, privar a alguien de algo a lo que tiene derecho es tratarle de manera injusta. Supongamos que un muchacho y su hermano pequeño reciben conjuntamente una caja de bombones por Navidad. Si el chico mayor toma la caja y se niega a dar a su hermano algunos de ellos, es injusto con él, pues al hermano se le ha concedido un derecho a la mitad. Pero supongamos también que usted, enterado de que, si no se separa del violinista tendrá que permanecer nueve años en cama con él, opta por desco-

nectarse. Seguramente, al hacerlo, no le trata injustamente, ya que no le ha otorgado el derecho a utilizar sus riñones, y ninguna otra persona puede habérselo concedido; pero hemos de tener en cuenta que, al desconectarse, usted le ocasiona la muerte, y que los violinistas, como cualquier otra persona, tienen derecho a la vida y —a tenor de la opinión que acabamos de considerar— derecho a que nadie los mate. Así pues, en este caso hace usted algo que ese hombre tiene presuntamente derecho a exigirle que no haga, pero no obra usted injustamente con él al hacerlo.

Una salvedad que puede hacerse en este punto es la siguiente: el derecho a la vida no consiste propiamente en el derecho de una persona a no ser privada de la vida, sino más bien en el derecho a que no le maten injustamente. Dicha salvedad comporta un riesgo de tortuosidad, pero no importa: gracias a ella, podremos compaginar el hecho de que el violinista tiene derecho a la vida con el hecho de que usted no obra injustamente con él al desconectarse y, a consecuencia de ello, matarle, puesto que, si no le mata injustamente no viola su derecho a la vida; por tanto, no hay que extrañarse de la afirmación de que usted no le infiere ninguna injusticia.

Sin embargo, en caso de ser aceptada la salvedad, la laguna existente en el argumento contra el aborto se nos hace patente: no basta demostrar que el feto es una persona y recordarnos que todas las personas tienen derecho a la vida; es necesario que nos demuestren también que la destrucción del feto viola su derecho a la vida, es decir, que el aborto constituye una muerte injusta. ¿Lo es realmente?

Supongo que podemos tomar como dato que, en caso de embarazo debido a violación, la madre no ha dado al *nasciturus* derecho a utilizar su cuerpo para su

sustento y abrigo. Realmente, ¿en qué embarazo cabe suponer que la madre haya dado al *nasciturus* tal derecho? No se trata de que haya personas aún no nacidas vagando por el mundo a las que la madre que desea un hijo diga: "Te invito a entrar".

Pero podría argumentarse que existen otros modos por los que una persona pueda haber adquirido el derecho a usar del cuerpo de otra sin que ésta le haya invitado a ello. Supongamos que una mujer se presta voluntariamente a una unión carnal, a conciencia del riesgo de quedar embarazada, y efectivamente queda encinta; ¿no es, en parte, responsable de la presencia y, en realidad, de la misma existencia del concebido? Indudablemente, no le ha invitado a entrar en su interior. Pero ¿acaso su responsabilidad parcial de que el concebido se encuentre allí da a éste derecho al uso de su cuerpo?[7] Si es así, la práctica de un aborto por su parte se parecería más al acto del muchacho que se lleva los bombones que al que usted realiza al desconectarse del violinista: dicha práctica significaría privar al feto de algo a lo que tiene derecho y, por tanto, inferirle una injusticia.

Entonces podría preguntarse también si esa mujer puede matarlo o por el contrario no, ni aun para salvar la vida. Si lo trajo al mundo voluntariamente, ¿cómo puede ahora matarlo, aun en legítima defensa?

Lo primero que cabe decir de esto es que se trata de un aspecto nuevo. Los antagonistas del aborto han puesto tanto interés en mostrar la independencia del feto, a fin de afirmar que tiene derecho a la vida lo mismo que la madre, que en general han pasado por

[7] Me hicieron comprender la necesidad de discutir este argumento los miembros de la *Society for Ethical and Legal Philosophy*, a quienes fue presentado inicialmente este escrito.

alto el argumento que podrían esgrimir, que el feto es *dependiente* de la madre, a fin de probar que ella asume para con él una clase especial de responsabilidad, la cual significa que el feto ostenta frente a la madre unos derechos que no podría reclamar ninguna persona independiente (como el violinista enfermo, que para ella sería un extraño).

Por otra parte, con ese argumento se concedería al *nasciturus* un derecho sobre el cuerpo de la madre sólo en el caso de que su embarazo fuese el resultado de un acto realizado voluntariamente y con plena conciencia de la posibilidad de que pudiera producirse dicho embarazo; pero quedaría excluido por completo el concebido cuya existencia se debiera a violación. Mientras no dispusiéramos de algún otro argumento, nos veríamos obligados a concluir que el concebido no nacido, cuya existencia se deba a violación, no tiene derecho al uso del cuerpo de su madre y, por consiguiente, que su aborto no significa privarle de algo a lo que tenga derecho y no es, por tanto, una muerte injusta.

Deberíamos también indicar que no está nada claro que este argumento posea todo el alcance que da a entender. Porque hay casos de diversa índole, y los detalles marcan la diferencia. Si mi cuarto está mal ventilado y, en vista de ello, abro la ventana para que se airee, y entra un ladrón por ella, sería absurdo decirle:

—Puede quedarse si quiere; el ama le ha dado derecho a usar su casa; ella, en parte, es responsable de su presencia aquí, por haber hecho voluntariamente lo que le ha dado la posibilidad de entrar, a sabiendas de que existen ladrones y éstos roban con escalo y allanamiento.

Y sería aún más absurdo decir esto si yo hubiera instalado rejas en las ventanas, precisamente para im-

pedir penetrar a los ladrones, y entrara uno a consecuencia de un defecto en una de ellas. Sigue siendo igualmente absurdo ese argumento si imaginamos que no es un ladrón quien entra por la ventana, sino una persona inocente que se descuelga o cae dentro. Por otro lado, consideremos la hipótesis siguiente: en el aire flotan semillas de persona como polen y, si usted abre la ventana, una de ellas puede entrar llevada por el viento y enraizarse en las alfombras o en la tapicería. No desea usted hijos, así que tapa las ventanas con pantallas de malla fina, de la mejor calidad que logra comprar. Aunque es algo que sólo sucede en rarísimas ocasiones, pero no es imposible, una de las pantallas resulta defectuosa, y una semilla se cuela y echa raíces. ¿Tiene la persona vegetal que ahora se desarrolla derecho a usar su casa? Seguramente no, aun cuando usted abrió voluntariamente las ventanas, conservó a sabiendas alfombras y mobiliario tapizado, y sabía que las pantallas salían a veces defectuosas. Alguno podría argumentar que es usted responsable de que la semilla haya echado raíces, y que tiene derecho a permanecer en su casa, puesto que, al fin y al cabo, usted *podría* haberse contentado con suelos y mobiliario desnudos, o con ventanas y puertas herméticamente cerradas. Pero no sirve este argumento, ya que, por la misma regla de tres, cualquiera puede evitar un embarazo ocasionado por violación haciéndose practicar una histerectomía o, al menos, no saliendo jamás de casa sin un numeroso séquito digno de confianza (!).

Me parece que con el argumento al que apuntamos puede demostrarse a lo sumo que se dan *algunos* casos en los que el *nasciturus* tiene derecho a usar el cuerpo de su madre y, por tanto, *algunos* casos en los que el aborto constituye una muerte injustificada. Daría lu-

gar a largas discusiones y argumentaciones la cuestión de cuáles son precisamente esos casos, si es que existen; pero creo que debemos dejarla de lado, una vez planteada, pues, de todos modos, ese argumento ciertamente no demuestra que todo aborto representa una muerte injustificada.

5. Sin embargo, cabe todavía otro argumento al respecto. Seguramente, todos debemos admitir que puede haber casos en los que sería inmoral separar a otra persona del propio cuerpo a costa de su vida. Supongamos que usted se entera de que el violinista no necesita nueve años de su vida, sino sólo una hora: para salvarle la vida, bastará con que usted pase una hora con él en esa cama. Imaginemos también que el hecho de dejarle usar sus riñones durante esa hora no afectara en absoluto a su salud. Admitamos que fue secuestrada, y que no dio a nadie permiso para acoplar ese hombre a usted. Sin embargo, me parece evidente que *debería* permitirle usar sus riñones durante esa hora: negárselo sería indecoroso.

Además, en lo que respecta al embarazo, supongamos que éste durase sólo una hora y no constituyese amenaza para la vida o la salud. Y supongamos asimismo que una mujer quedara encinta a consecuencia de un estupro. Hemos de admitir que no hizo voluntariamente nada que pudiera ocasionar la concepción de un niño, y que tampoco hizo nada que diera al concebido derecho a usar su cuerpo. A pesar de todo, podría decirse con razón, como en el relato recién corregido del violinista, que ella *debería* permitirle quedarse durante una hora, porque sería indecoroso que se negara.

Ahora bien: algunos son propensos a utilizar el término "derecho" de tal modo que, del hecho de que

usted deba permitir a alguien usar su cuerpo durante la hora en que lo necesita, se infiere que tiene derecho a usarlo durante esa hora, aunque ese derecho no le haya sido otorgado por ninguna persona o acto. Tales individuos dirán que de ahí se infiere también que, si no accede a ello, usted obra injustamente con esa persona. Esta acepción del vocablo es quizá tan frecuente que no puede calificarse de errónea; no obstante, me parece una desafortunada distensión del rigor que sería preferible adoptar al respecto. Supongamos que la caja de bombones que antes mencioné no hubiera sido entregada a ambos muchachos mancomunadamente, sino sólo al mayor. He ahí a éste impasible, comiendo tranquilamente, a su manera, el contenido de la caja, mientras su hermano pequeño le observa con envidia. Probablemente, le diríamos:

—No seas tan tacaño. Debes dar a tu hermano algunos de esos bombones.

Mi opinión personal es que de esta verdad no se infiere que el hermano tenga derecho a ellos. Si el muchacho se niega a dar a su hermano alguno, será goloso, avaricioso, insensible... pero no injusto. Supongo que las personas que estoy imaginando dirán que efectivamente se infiere que el chico tiene derecho a algunos de los bombones y que, por tanto, el hermano mayor obra injustamente si se niega a darle unos cuantos. El efecto de esta afirmación es, empero, tan oscuro que debemos distinguir entre la negativa del muchacho en este caso y en el anterior, en el que la caja fue entregada en copropiedad a ambos muchachos y el hermano más pequeño tenía, por tanto, un derecho manifiesto a la mitad.

Otra objeción que cabe plantear a esa interpretación del término "derecho", según la cual del hecho de que *A* deba realizar algo por *B* se infiere que *B*

tiene derecho a exigir a *A* que lo efectúe, es que hace que la cuestión de si un hombre tiene derecho o no a algo dependa de la mayor o menor dificultad de proporcionárselo; y esto no parece sólo desacertado, sino moralmente inaceptable. Tomemos nuevamente el supuesto de Henry Fonda. Dije antes que no tenía derecho al contacto de su mano fresca en mi frente calenturienta, aunque lo necesitara para salvar la vida. Decía también que sería sumamente amable por su parte venir en avión desde la costa del Pacífico para hacerme ese favor, pero que yo no tenía derecho a exigírselo. Pero supongamos que no se encuentra en la costa del Pacífico; supongamos que no tiene más que atravesar la habitación y posar su mano brevemente en mi frente, y he aquí que mi vida estará salvada. Seguramente, pues, debería hacerlo; negarse a ello sería indigno. Pero ¿quizá puede afirmarse: "Ah, bueno, resulta que en este caso ella tiene derecho al contacto de su mano en la frente y sería, por tanto, una injusticia que se negara"? ¿De modo que tengo derecho a ello cuando le resulta fácil otorgármelo, y no cuando le es difícil? Es una idea un tanto chocante que los derechos de una persona se debiliten y desaparezcan a medida que se va haciendo más difícil concedérselos.

Así pues, en mi opinión, aunque usted debiera dejar al violinista usar sus riñones durante la hora en que los necesita, de ello no hemos de concluir que tiene derecho a hacerlo; diríamos que, si usted se lo niega, habrá sido, como el muchacho que poseyendo todos los bombones no da ninguno, egocéntrico y duro, y de hecho inmoral, pero no injusto. Opino igualmente que, aun en el supuesto de que una mujer, embarazada a consecuencia de violación, debiera permitir al concebido no nacido usar su cuerpo durante la

hora en que lo necesita, no habríamos por ello de concluir que éste tiene derecho a tal cosa; deberíamos inferir más bien que la madre, si se lo niega, habrá sido egocéntrica, dura, inmoral, pero no injusta. Estas quejas no son menos graves, pero son diferentes. Sin embargo, no hay necesidad de insistir en este punto. Si alguien desea realmente deducir del término "usted debería" el de "tiene derecho", de todos modos no podrá menos de admitir que se dan casos en los que no es moralmente exigible que usted permita al violinista usar sus riñones, en los que a éste no le corresponde derecho a utilizarlos y en los que usted no le inflige una injusticia si rehúsa. Y lo mismo ocurre en lo que respecta a la madre y el concebido. Salvo en los casos en que el *nasciturus* tiene derecho a ello —y hemos admitido la posibilidad de que existan tales casos—, nadie está moralmente *obligado* a hacer grandes sacrificios de salud, de otros intereses y asuntos, o de sus demás deberes y compromisos, durante nueve años, ni tan siquiera durante nueve meses, a fin de mantener viva a otra persona.

6. De hecho, hemos de distinguir entre dos clases de samaritanos: el buen samaritano y el que podríamos denominar "el samaritano con un mínimo de decoro". La parábola del buen samaritano, como recordarán, dice lo siguiente:

> Bajaba un hombre de Jerusalén a Jericó y cayó en poder de ladrones, que le desnudaron, le cargaron de azotes y se fueron, dejándole medio muerto. Por casualidad bajó un sacerdote por el mismo camino y, viéndole, pasó de largo. Asimismo un levita, pasando por aquel sitio, le vio también y siguió adelante. Pero un samaritano que iba de camino llegó a él, y, viéndole, se movió a compasión; acercóse, le vendó las heridas, derramando en ellas aceite y vino; le hizo montar sobre su propia cabalgadura, le condujo al mesón y cuidó de

él. A la mañana, sacando dos denarios, se los dio al mesonero y dijo: "Cuida de él, y lo que gastares, a la vuelta te lo pagaré".

(Lucas, 10, 30-35)

El buen samaritano se apartó de su camino, con esfuerzo, para ayudar a uno que lo necesitaba. No se nos dice qué opciones había, es decir, si el sacerdote y el levita podrían haber ayudado haciendo menos que el samaritano; pero, en el supuesto de que pudieran haberlo hecho, su omisión absoluta demuestra que no eran siquiera "samaritanos con un mínimo de decoro", y no porque no fueran samaritanos, sino porque no se comportaron siquiera con ese mínimo de decoro exigible.

Estas cosas son cuestión de grado, por supuesto, pero existe una diferencia, que se manifiesta quizá con la mayor claridad en la historia de Kitty Genovese, que, como recordarán, fue asesinada mientras 38 personas observaban o escuchaban sin hacer nada por ayudarla. Un buen samaritano habría acudido rápidamente a defenderla directamente del asesino; o quizá fuese preferible reconocer que quien hiciera esto habría sido un "excelente samaritano", en razón del riesgo de muerte que ello representaría para él. En cambio, aquellas 38 personas no sólo no hicieron eso, sino que ni siquiera se molestaron en descolgar un teléfono y llamar a la policía. La categoría de "samaritano con un mínimo de decoro" habría exigido hacer al menos esto, y el no haberlo hecho fue monstruoso.

Después de contar la parábola del buen samaritano, Jesús dijo:* "Vete, y haz tú lo mismo". Tal vez se

*... A un doctor de la Ley, que le preguntó: ¿Quién es mi prójimo? [N. del T.]

refería a que estamos obligados moralmente a obrar como el buen samaritano; o acaso instaba a las gentes a hacer más de lo que les es moralmente exigible. En todo caso, parece evidente que ninguna de las 38 personas se hallaba obligada moralmente a acudir rápida y directamente en auxilio de la víctima arriesgando su vida, y que nadie está moralmente obligado a sacrificar largos periodos de su vida —nueve años o nueve meses— para conservar la de una persona que no tenga un derecho especial a exigirlo (aunque hemos admitido la posibilidad de tal derecho).

De hecho, con ciertas excepciones de índole bastante asombrosa, nadie en ningún país del mundo está obligado *legalmente* a hacer en ninguna situación apenas algo por otra persona. Es obvio de qué clase de excepciones se trata. Lo que aquí me interesa principalmente no es la situación legislativa en relación con el aborto, sino algo que merece la pena: llamar la atención sobre el hecho de que en ninguno de los estados de Norteamérica obliga la legislación a nadie a comportarse siquiera como lo haría un "samaritano con un mínimo de decencia" a favor de otra persona; no existe ninguna ley en virtud de la cual pudieran ser acusadas las 38 personas que rodeaban a Kitty Genovese cuando murió. Por el contrario, en la mayoría de los estados de este país la ley obliga a las mujeres a obrar no ya como "samaritanas con un mínimo de decencia", sino como buenas samaritanas, en relación con los *nascituri* concebidos en su seno. Esto no resuelve de suyo la cuestión en un sentido o en otro, porque puede alegarse con razón que en este país —como ocurre en muchas naciones europeas— debería haber leyes que obligaran al menos a comportarse como el "samaritano con un mínimo de

decoro";[8] y eso demuestra a las claras que en la situación actual de la legislación reina la injusticia. Pero prueba también que los grupos que trabajan actualmente contra la liberalización de las leyes antiabortistas —que de hecho propugnan que sean declaradas anticonstitucionales para que algunos estados permitan el aborto— harían mejor en comenzar a promover la adopción de unas leyes generales dignas del buen samaritano, so pena de merecer la acusación de que obran de mala fe.

Me inclino a pensar que una cosa serían las leyes del samaritano mínimamente decente, y otra muy distinta las del buen samaritano, de hecho muy impropias. Pero no es el derecho positivo lo que aquí nos interesa. Lo que deberíamos preguntar no es si la legislación podría obligar a alguien a obrar como un buen samaritano, sino si debemos admitir situaciones en las que alguien esté obligado —por la naturaleza, quizá— a serlo. En otras palabras, hemos de considerar ahora las intervenciones de terceros. He afirmado que ninguna persona está moralmente obligada a hacer grandes sacrificios para mantener viva a otra que no tiene derecho a reclamarlos, aunque entre esos sacrificios no se incluya el de la propia vida; no estamos moralmente obligados a ser buenos samaritanos, o muy buenos samaritanos, unos con otros. Pero ¿qué ocurre si un hombre no puede librarse en la situación aludida? ¿Qué sucede si recurre a nosotros para que le libremos? Me parece evidente que hay casos en que eso nos es posible, casos en los que un buen

[8] Véase *The Good Samaritan and the Law*, edición de JAMES M. RATCLIFFE (Nueva York, 1966), donde puede encontrarse una exposición de las dificultades inherentes al tema y un estudio de la experiencia europea sobre tales leyes.

samaritano le libraría. Ahí le tenemos a usted; ha sido secuestrado, y se le plantea la perspectiva de pasar nueve años en cama con ese violinista a su lado. Usted, que es dueño de su vida, aun sintiéndolo de veras, no alcanza a comprender por qué ha de sacrificar gran parte de ella para conservar la del otro. No puede librarse, y nos pide que lo hagamos. Yo pensaría entonces que evidentemente —dado que el otro no tiene derecho a usar el cuerpo de usted— no hemos de admitir que, por su parte, usted sea obligado a renunciar a tanto. Podemos hacer por usted lo que nos pide, y el hacerlo no entraña injusticia para con el violinista.

7. Siguiendo el ejemplo de los antagonistas del aborto, me he referido, a lo largo de este escrito, al feto como persona; la cuestión que he planteado es si el argumento que nos sirvió de punto de partida, y que se deriva precisamente de que el feto es una persona, demuestra realmente la conclusión inferida; y he afirmado que no.

Pero, naturalmente, hay argumentos válidos y otros que no lo son, y puede decirse que me he adherido justamente a uno que es falso. Cabe afirmar que lo importante no es el mero hecho de que el feto es una persona, sino el de que es una persona respecto a la cual la mujer tiene una clase especial de responsabilidad, derivada de su condición de madre. Y podría alegarse que todas mis analogías son, por tanto, incongruentes: puesto que usted no tiene esa clase especial de responsabilidad con relación al violinista, tampoco Henry Fonda la tiene respecto a mí. Y podría llamársenos la atención sobre el hecho de que la ley obliga tanto a los hombres como a las mujeres a dispensar protección a sus hijos.

En efecto, he tratado (sucintamente) de este argumento en el apartado 4 precedente; pero no estará de más una recapitulación (aún de mayor brevedad). Seguramente, no podemos tener esa "responsabilidad especial" con un semejante si antes no la hemos asumido de modo expreso o tácito. Si una serie de progenitores no tratan de evitar el embarazo ni se procuran un aborto, y luego, a raíz del nacimiento, no dan al hijo en adopción, sino que lo llevan consigo a casa, han asumido así una responsabilidad respecto a él, le han otorgado derechos, y no pueden *ya* retirarle su apoyo, a costa de su vida, porque les resulte difícil seguir prestándoselo. Pero si han tomado todas las precauciones lógicas para no engendrar un hijo, sólo en razón de su relación biológica con el concebido no tienen una responsabilidad especial respecto de él. Cabe que deseen asumir esa responsabilidad, pero también es posible lo contrario. Y me permito indicar que, si tal responsabilidad entraña grandes sacrificios, los padres pueden declinarla. Un buen samaritano o, mejor dicho, un excelente samaritano no la rehusaría, aunque los sacrificios que hubiera de hacer fueran exorbitantes; luego también un buen samaritano se haría responsable del violinista; y Henry Fonda, que es un buen samaritano, volaría desde la costa del Pacífico y obraría a mi favor.

8. Muchos de los que pretenden que el aborto se considere moralmente lícito encontrarán que mi argumentación es insatisfactoria en dos aspectos. En primer lugar, en el sentido de que, mientras arguyo que el aborto no es ilícito, no afirmo que sea siempre lícito. Puede haber casos en los que el hecho de llevar la criatura a término requiera por parte de la madre tan sólo un "samaritanismo mínimamente decente",

pero éste es un nivel al cual no podemos descender. Me inclino a considerar meritorio en mi explicación, precisamente, el no haberme manifestado en sentido ni absolutamente afirmativo ni absolutamente negativo. En ella se admite y respalda la opinión común de que, por ejemplo, una colegiala de 14 años, enferma, asustada hasta la desesperación y encinta a consecuencia de un estupro, puede *desde luego* optar por el aborto, y que cualquier ley que excluya tal posibilidad es insensata; se admite y respalda asimismo la opinión común de que, en otros casos, el recurso al aborto es incluso positivamente inmoral. Sería indecoroso que una mujer solicitara un aborto, e inmoral que el médico lo practicara, en caso de encontrarse ella en el séptimo mes y querer abortar simplemente para evitar el fastidio de tener que aplazar un viaje al extranjero. El mismo hecho de haber sacado a colación mis argumentos para tratar todos los casos de aborto —incluso aquellos en los que la vida de la madre no está en juego— como moralmente parejos, debe de haberles dado desde el principio un cariz sospechoso.

En segundo lugar, mientras que defiendo la licitud del aborto en algunos casos, en cambio, no defiendo el derecho de asegurar la muerte del concebido no nacido. Es fácil confundir estas dos realidades, dado que hasta un cierto momento de su desarrollo el feto no puede sobrevivir fuera del cuerpo de la madre, luego retirarlo entonces de la matriz supondría para él una muerte segura; pero son dos aspectos netamente diferenciados. He afirmado que usted no está moralmente obligado a pasar nueve meses en cama, prolongando la vida del violinista; pero con ello no he querido decir que si, después de desconectarse, se produce un milagro y ese hombre sobrevive, tenga usted de-

recho a dar media vuelta y degollarle. Puede usted separarse de él, aunque esto le cueste la vida; pero no tiene derecho a procurar su muerte por otros medios, si la desconexión de usted no le ocasiona la muerte. Hay personas que se verán defraudadas por este rasgo de mi argumentación. Habrá alguna mujer que se sienta completamente desolada al imaginar a un hijo suyo, pequeña entraña suya, abandonado para adopción, sin posibilidad de volver a verle jamás ni saber nada de su vida; en consecuencia, puede que esa mujer prefiriese la muerte del niño a que le separasen de ella. Algunos adversarios del aborto se sienten inclinados a considerarlo un acto peor que despreciable, con lo que se muestran insensibles a algo que es seguramente un fuerte motivo de desesperación. De todos modos, convengo en que desear la muerte del feto no es un sentimiento que pueda satisfacer a cualquiera, supuesta la posibilidad de separarlo vivo de la madre.

Al llegar a este punto, no obstante, conviene recordar que, en el presente escrito, sólo a modo de ficción hemos alegado que el feto es un ser humano desde el instante de la concepción. Un aborto muy temprano no supone de fijo la muerte de una persona, de suerte que ésta es una cuestión ajena a todo lo que he dicho aquí.

VII

DERECHOS E INJUSTICIAS DEL ABORTO: RÉPLICA A JUDITH THOMSON*

J. FINNIS

AFORTUNADAMENTE, no es *necesario* explicar ninguno de los argumentos en pro y en contra del aborto desde el punto de vista de los "derechos". Como puede comprobarse, Judith Thomson admite prácticamente otro tanto en su "Defensa del aborto".[1] Pero, puesto que ha preferido encauzar su tesis por la vía de contrastar el "derecho a la vida" con un "derecho a decidir sobre el destino del propio cuerpo y sus entrañas", empezaré por demostrar cómo este hilo de argumentación acerca de los derechos e injusticias del aborto complica y confunde innecesariamente la cuestión. Es conveniente y apropiado hablar de "derechos" para fines y en contextos que voy a tratar de identificar; en cambio, resulta sumamente inconveniente e inadecuado cuando se debate la licitud moral de determinados tipos de actos, tales como el "aborto practicado sin intención de matar", que es el tipo de acto que Thomson desea defender como moralmente lícito en la mayoría de las circunstancias. Así, en la

* De *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, núm. 2 (invierno, 1973), pp. 117-145. Se ha hecho una reedición con autorización de la Princeton University Press. La profesora THOMSON ha escrito una réplica ulterior al doctor Finnis: "Rights and Deaths", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, núm. 2 (invierno, 1973), pp. 146-159.

[1] *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, núm. 1 (otoño, 1971), pp. 47-66. Las remisiones a páginas en el texto se refieren a este artículo, salvo mención en contrario.

sección I del presente ensayo demostraré que la especificación y la caracterización moral de este tipo de acto por parte de dicha autora son lógicamente independientes de su relación de "derechos". Luego, en la sección II, esbozaré algunos principios de caracterización y de licitud moral por los cuales pueden explicarse algunas de las condenas que Thomson expresa, pero que quedan demasiado vacilantes y oscuros en su disertación. En la sección III demostraré cómo la elaboración de esos principios justifica las condenas del aborto que Thomson cree erróneas, así como muchas de las atribuciones de derechos humanos que hasta tal punto presupone. En la sección IV expondré brevemente la razón (mal expresada por Thomson y también por Wertheimer)[2] por la que el feto tiene derechos humanos desde la concepción, es decir, merece la misma consideración que otros seres humanos.

I

Las reflexiones de Thomson sobre derechos se desarrollan en tres etapas: *A)* Indica un nudo de problemas acerca de los derechos que son derechos a algo; insiste especialmente en el problema de "qué representa tener derecho a la vida" (p. 255). *B)* Indica, menos claramente, un nudo de problemas sobre el origen de los derechos; en particular, sugiere que, en un amplio ámbito (que no especifica) de tipos de derechos, una persona sólo tiene derecho a aquello para lo que goza de algún "título" por razón de donación, concesión, permiso y obligación de parte de otra persona. *C)* Corta ambos nudos admitiendo (aunque

[2] Roger Wertheimer, "Understanding the Abortion Argument", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, núm. 1 (otoño, 1971), pp. 67-95.

de modo excesivamente discreto) que toda su argumentación sobre el aborto se refiere únicamente a lo que es "moralmente exigible" o "moralmente lícito"; que lo que está en tela de juicio es en realidad el alcance y el origen de la responsabilidad de la madre (y sólo secundariamente, por vinculación, el alcance y el origen de los derechos del *nasciturus*). Examinaré a continuación estas tres etapas más detenidamente, e inmediatamente, en *D)*, indicaré por qué considero provechoso el haberlo hecho así.

A) ¿Cómo hemos de especificar el contenido de un derecho? ¿Qué es un derecho del tipo "derecho a"? Thomson menciona al menos nueve derechos diferentes que podrían predicarse, con razón o sin ella, de una persona.[3] De esos nueve derechos, siete tienen la misma estructura lógica:[4] en cada uno de los ejemplos de éstos, el derecho aducido recae sobre un

[3] He aquí los derechos que Thomson está dispuesta a admitir que tiene la persona:

D1) derecho a la vida (p. 248);

D2) derecho a decidir el destino del propio cuerpo y las entrañas (p. 216), el cual, al parecer, es equiparable al derecho justo y excluyente sobre el propio cuerpo (p. 254);

D3) derecho a defenderse (o sea, de defensa propia, p. 252).

D4) derecho a negarse a manipular a otras personas (aun cuando sea justo y razonable hacer esto, p. 254), o, más exactamente, derecho a no manipular a otras personas.

Derechos que, en su opinión, sería congruente pero erróneo afirmar que una persona tiene o en todo caso siempre tiene:

D5) derecho a requerir el auxilio de otra persona (p. 268) o, más exactamente, derecho a recibir el auxilio de...;

D6) derecho a recibir todo lo necesario para la supervivencia (p. 255);

D7) derecho a usar (o a recibir, o a ser autorizado a continuar en el uso de) el cuerpo o la casa de otra persona (p. 256);

D8) derecho a no ser matado por nadie (p. 256);

D9) derecho a degollar a otro (ejemplo, según parece, del "derecho a que le sea garantizada su muerte", p. 272);

[4] A saber, D3 por medio de D9 en la lista de la nota 3 anterior.

acto de *A* (acción, omisión) que puede afectar a *B*. En algunos de estos siete ejemplos,[5] el derecho que recae sobre el acto de *A* es un derecho de *A* (lo que Hohfeld[6] denominó un privilegio y sus epígonos llaman una libertad); en los demás,[7] el derecho que incide sobre el acto de *A* es un derecho de *B* (lo que los seguidores de Hohfeld llaman un "derecho de reclamación"). Pero en estos siete ejemplos existe lo que llamaré un "derecho hohfeldiano": afirmar un derecho hohfeldiano es afirmar una triple relación entre dos personas y el acto de una de ellas en cuanto ese acto afecta a la otra.

Los otros dos derechos mencionados por Thomson tienen una estructura lógica diversa.[8] En los dos ejemplos correspondientes, el derecho alegado es un derecho respecto a una cosa (el "propio cuerpo" o la situación a que se alude al hablar de "vida" personal). Aquí la relación es doble: entre una persona y un objeto material o situación. Los derechos así entendidos no pueden analizarse exclusivamente desde el punto de vista de un conjunto específico de derechos hohfeldianos.[9] El derecho de *A* a un bien jurídico (tierra, cuerpo, vida) puede y normalmente debe asegurarse otorgando o atribuyendo derechos hohfeldianos a *A* o a otra persona; pero la combinación exacta de derechos hohfeldianos capaz de asegurar debidamente o de manera óptima su solo derecho al

[5] A saber, D3, D4 y, en alguno de sus sentidos, D7 y D9.

[6] W. H. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions* (New Haven, 1923).

[7] A saber, D5, D6, D8 y, en otros de sus sentidos, D7 y D9.

[8] A saber, D1 y D2.

[9] Esta proposición es explicada detalladamente en un marco jurídico por A. M. HONORÉ, "Rights of Exclusion and Inmunities against Divesting", en *University of Tulane Law Review*, vol. 34 (1960), p. 453.

bien en cuestión variará con arreglo a circunstancias personales, de tiempo, de lugar, etc. Y puesto que los juicios morales versan principalmente sobre *actos,* es esta especificación de derechos hohfeldianos la que necesitamos para fines morales, más que la invocación de derechos sobre cosas.

Como Thomson se concentra en el carácter problemático del "derecho a la vida", ilustraré lo que acabo de expresar en relación con el "derecho al propio cuerpo", que dicha autora, aunque en la práctica no lo da a entender, debe de considerar igualmente problemático. Pues bien: sus dos versiones explícitas de este derecho son: el derecho de una persona "justo y preferente sobre su propio cuerpo", y el derecho de una persona "a decidir acerca del destino de su cuerpo y sus vísceras". Pero ambas versiones requieren mucha especificación[10] antes de que puedan autorizar juicios morales respecto a determinadas clases de actos. Por ejemplo, el "derecho a decidir..." puede enten-

[10] La especificación insuficiente ocasiona problemas innecesarios, además de los mencionados en el texto. Por ejemplo, contra la idea de "utilizar el término 'derecho' de tal modo que, del hecho de que *A* deba hacer algo por *B,* se infiera que *B* tiene derecho a exigir a *A* que le haga ese favor", Thomson objeta que una aplicación semejante del término "derecho" plantea la cuestión de que la alternativa de que un hombre tenga "derecho a no a algo dependa de la mayor o menor dificultad de proporcionárselo" (p. 264), y añade que "es una idea un tanto chocante que los derechos de una persona se debilitan y desaparecen a medida que se va haciendo más difícil concedérselos" (p. 264). Así, dice que no tiene "derecho" al contacto de la fresca mano de Henry Fonda, *porque* aunque debería cruzar la habitación para tocarle la frente (y así salvarle la vida), no está moralmente obligado a cruzar América con ese fin. Pero esta objeción se apoya simplemente en una especificación inadecuada del derecho en cuestión. Porque, si afirmamos que ella tiene derecho a que Henry Fonda cruce la habitación para tocarle la ardorosa frente, pero no lo tiene a que cruce América para ello, podemos seguir deduciendo derechos de deberes, según nos plazca.

derse de varias maneras: 1) Como un derecho (al modo de la libertad hohfeldiana) a manipular el propio cuerpo o hacer algo con él (por ejemplo, retirar de él las sondas renales, o un feto; pero ¿nada más?; ¿tiene uno libertad moral de negarse a levantar la mano hasta el teléfono para salvar a Kitty Genovese de sus asesinos?). 2) Como un derecho (el derecho de reclamación hohfeldiano) a que otra persona se abstenga (al menos, sin autorización) de hacer algo en relación con el propio cuerpo (por ejemplo, obtener de él su sustento, o habitarlo; pero ¿nada más?). 3) Una combinación de estas dos formas de derecho, o de ellas con otras formas de derechos tales como: *a)* el derecho (poder hohfeldiano) a modificar el derecho de otra persona (libertad) a usar el propio cuerpo otorgando una concesión o permitiendo tal uso (*¿cualquier* uso semejante?); *b)* el derecho (inmunidad hohfeldiana) a impedir que el derecho (derecho de reclamación) a librarse del uso que otros puedan hacer del propio cuerpo se vea disminuido o afectado por presuntas concesiones o permisos de parte de terceros. Y tan pronto como identificamos así estas clases posibles de derechos, susceptibles de dar un contenido moral concreto al "derecho sobre el propio cuerpo", se hace patente que los actos que el derecho autoriza, desautoriza u obliga a una persona (o a un tercero) a realizar *varían* de acuerdo con la identidad y las circunstancias de las dos partes del derecho hohfeldiano en cuestión. Por esta razón, aunque Thomson no lo reconozca, el "derecho a la vida" debió de parecerle igualmente problemático.

B) Sospecho que fue el centrar su atención en torno a los derechos no hohfeldianos (títulos sobre cosas, como bombones o cuerpos) lo que llevó a

Thomson a hacer la curiosa sugerencia que aparece una y otra vez, aunque con una significación muy incierta, en su disertación. Me refiero a su sugerencia de que sólo deberíamos hablar de "derechos" respecto a aquello sobre lo que un hombre tiene "título" (generalmente, aunque no necesariamente, por razón de donación, concesión u otorgamiento).

Esta sugerencia,[11] independientemente del carácter nuclear que atribuye a la posesión y la propiedad en la amplia gama de derechos existentes, produce una confusión innecesaria en la presentación por parte de Thomson de su defensa del aborto. Porque si el término "derecho" hubiera de entenderse con el rigor que ella sugiere (p. 263), resultaría que: *a)* los papas y otros que invocan el "derecho a la vida", que ella

[11] Quizá merezca la pena señalar que, aunque nos ciñamos a los derechos inherentes a donaciones, concesiones, otorgamientos, contratos, fideicomisos y negocios análogos, la restricción propuesta por Thomson del término "derecho" resultará bastante inoportuna. ¿Sólo el donatario tiene "derechos"? Supongamos que el tío *A* da una caja de bombones al sobrino *C1*, con la condición de compartirlos con el sobrino *C2*, y pide al padre *B* que procure que se efectúe este reparto. Entonces nos interesa poder decir que *A* tiene derecho a conseguir que *C1* y *C2* tomen cada uno su parte, que *C1* dé a *C2* la que le corresponde, que *B* procure que esto se lleve a cabo, etc; que *C1* tiene derecho a su parte, derecho a no verse impedido por *B*, *C2* o alguna otra persona en la ingestión de su parte, etc.; que *C2* tiene una serie análoga de derechos; y que *B* tiene derecho a tomar las medidas conducentes a una distribución equitativa, el derecho a no ser estorbado en la toma de dichas medidas, etc. Dado que pueden surgir controversias acerca de cualquiera de estas relaciones entre las diversas personas implicadas, sus actos y los bombones por ellos afectados, es conveniente dar cierta amplitud al término "derecho" para que alcance a todo el círculo de relaciones, atendiendo al acto controvertido y acomodando las reclamaciones en juego acerca de "la actuación correcta" en relaciones tripartitas inteligibles y típicas. No obstante, algunos de los derechos que entraña la donación de los bombones (p. ej., los derechos de *A*) no se adquieren en virtud de ningún otorgamiento al derechohabiente.

pone en tela de juicio, suprimirían de su disertación el punto de partida y ciertamente el núcleo fundamental, simplemente dando una nueva redacción a su alegato de modo que quedara eliminada toda referencia a derechos (pues, como demuestro en la sección siguiente, éstos no afirman que la deshonestidad del aborto se derive de algún otorgamiento, donación o concesión de derechos al *nasciturus*); *b)* Thomson, por su parte, tendría que redactar de nuevo ciertas invocaciones que hace, tales como que las personas inocentes tienen ciertamente derecho a la vida, que las madres lo tienen a abortar para salvar su vida, que *A* lo tiene a su vez a no ser torturado mortalmente por *B*, aunque *C* amenace a *B* con que le matará si no se presta a ello, etc. Pero, si esa nueva redacción es posible (y ciertamente lo es), resulta evidente que las sugerencias acerca del modo oportuno u óptimo de utilizar el término "derecho" son irrelevantes para la defensa moral o la crítica sustantivas del aborto.

Ahora bien: esta sugerencia terminológica guarda una relación estrecha con la particular tesis de Thomson de que no tenemos ninguna "responsabilidad especial" (a saber, la del buen samaritano o del excelente samaritano) por la vida o el bienestar de otros "a no ser que la hayamos asumido, de modo expreso o tácito" (p. 270). Sobre esta tesis acerca de la responsabilidad (u otra análoga) se basa, al fin y al cabo, toda la argumentación de Thomson.

C) El reconocimiento expreso de Thomson de que su defensa del aborto no tiene que versar *necesariamente* sobre la afirmación o negación de derechos aparece un poco tarde en su disertación, cuando dice que no es necesario insistir en la aplicación estricta, por ella sugerida, del término "derecho":

> ... Si alguien desea realmente deducir del término "usted debería" el de "tiene derecho", de todos modos no podrá menos de admitir que se dan casos en los que no es moralmente exigible que usted permita al violinista usar sus riñones...[12] Y lo mismo ocurre en el caso de la madre y el concebido. Salvo en los casos en que el *nasciturus* tiene derecho a ello... nadie está "moralmente *obligado* a hacer grandes sacrificios... a fin de mantener viva a otra persona. [p. 265.]

En suma, la disputa versa sobre lo que es "moralmente exigible" (o sea, sobre lo que uno "debe", "puede" o "no puede" hacer al respecto —véase página 244—), es decir, sobre los derechos e injusticias del aborto. A decir verdad, en la página 268 se encuentra todavía ese "derecho a reclamar grandes sacrificios" llenando confusamente los límites de la situación. Pero cuando llegamos a las últimas páginas de su disertación (pp. 269-272) vemos que incluso esa cuestión ha sido dejada a un lado, y que la que realmente cuenta no es la de si el concebido tiene "derecho a reclamar grandes sacrificios" de parte de su madre, sino la de si la madre tiene una "responsabilidad especial" para con el concebido; pero, si la tiene, se le puede exigir moralmente que haga grandes sacrificios por éste, y, *por consiguiente,* podremos afirmar, mediante una frase conveniente, "el derecho del concebido a [reclamar] esos sacrificios".

[12] La frase continúa: "... y en los que éste no tiene derecho a utilizarlos, y en los que usted no le inflige una injusticia si rehúsa"; pero éstos son meros retazos de la retórica" con que la autora ha moldeado su argumento. Nótese, de paso, que su sugerencia de que los términos "justicia" e "injusticia" deben limitarse al respeto y a la violación de los derechos en el sentido estricto que les da carece de importancia, puesto que reconoce que los actos que no son injustos a tenor de su sentido pueden ser egocéntricos, duros e indecorosos, y que estos vicios son "no menos graves".

D) Así, en definitiva, el grueso de la argumentación sobre derechos era una pista falsa. Y me he tomado la molestia de descubrir el origen de ésta, no sólo para identificar algunos tipos y motivos corrientes de equivocación (otros saldrán a la luz en las dos secciones siguientes), sino también para demostrar cómo la decisión de Thomson de encauzar su defensa por la vía de los "derechos" facilita de manera peculiar que se nos escape un punto débil sumamente importante de ella. Este punto débil es el nexo o relación entre las "responsabilidades especiales" de una persona y sus responsabilidades ordinarias (no especiales); y es fácil que se nos escape si pensamos: *a)* que el problema es esencialmente de derechos; *b)* que los derechos dependen, típicamente o incluso de modo esencial, de otorgamiento, permiso, aceptación previa, etc.; *c)* que las responsabilidades especiales dependen igualmente de otorgamientos, permisos, aceptaciones, etc., y *d)* que, por tanto, el problema moral aquí planteado se refiere todo él a responsabilidades *especiales*. Tal discurso constituye realmente un entimema, si no una absoluta falacia; pero esto no resulta sorprendente, puesto que aquí no estoy comentando una argumentación ofrecida por Thomson, sino un efecto probable de su "retórica".

Lo que Thomson, pues, deja sin atender debidamente es la alegación (una de las que están implícitas, según creo, en la retórica de derechos papal y conservadora) de que el deber de la madre de no prestarse al aborto *no* es un incidente de una responsabilidad especial que ella haya asumido para con el concebido, sino un incidente directo de un deber ordinario de toda persona hacia sus semejantes. Thomson reconoce en realidad que tales deberes ordinarios no asumidos expresamente existen y tienen tanta validez moral

como los deberes de justicia inherentes a su sentido restringido de la "justicia"; pero no puedo descubrir los principios en que se basa y en virtud de los cuales delimita (confiadamente) el alcance de estos deberes.[13]

Habla, por ejemplo, de "los límites rigurosos del derecho de legítima defensa propia": "Si alguien induce a una persona, bajo amenaza de muerte, a torturar a un tercero hasta matarle, no creo que esta persona tenga derecho a tal acto, ni aun para salvar su vida" (p. 252). Sin embargo, dice también: "Si hay algo absolutamente cierto, es que usted no... haría nada ilícito, si se volviera hacia atrás y se desconectase del violinista para salvar la vida" (p. 250). Entonces ¿por qué, en el primer caso, se tiene la estricta responsabilidad de no causar la muerte requerida? ¿Acaso insinúa la autora que el dolor (la "tortura") marca la diferencia, o que *es* moralmente lícito matar *sin dolor* a otra persona a las órdenes de un tercero

[13] Acaso sea en este punto donde conviene señalar cuán dudoso es el aserto de Thomson de que "en ningún estado de esta nación obliga el derecho a ningún hombre a comportarse como un samaritano mínimamente decoroso con ninguna persona", y su insinuación de que esto es una manifestación de discriminación de la mujer. Esto suena muy raramente, por provenir de un país en el cual el derecho obliga a un joven, no a una joven, a "sacrificar largos periodos de su vida" a fin de defender su nación con un considerable "riesgo de muerte para su persona". Ciertamente, ese joven no hará esto por "una persona que no tenga un derecho especial a exigírselo"; en realidad, lo que hace que el servicio militar activo sea tan arduo es que no se arriesga la propia vida para salvar a una persona *concreta* de un riesgo *determinado*. ¿Hemos de concluir, pues, que los jóvenes han *asumido* una "responsabilidad especial" para defender a otras personas? ¿No será ésta una burda ficción en la que sólo una teoría moral inaceptable podía inducirnos a incurrir? Sin embargo, es precisamente esta especie de contractualismo social lo que Thomson nos presenta de modo tentador.

que amenaza con la muerte si su orden se incumple? Y, porque piensa que "nadie está moralmente *obligada* a hacer grandes sacrificios de salud, de otros intereses y asuntos, o de sus demás deberes y compromisos, durante nueve años, ni tan siquiera durante nueve meses, a fin de mantener viva a otra persona" (p. 265), ¿tendrá que sacar la consecuencia de que es lícito, cuando un tercero amenaza con "grandes sacrificios" (aunque se trate nada menos que del de la vida), *matar* (sin dolor) a otra persona, o a dos o a 10?

Si Thomson se resiste a tales sugestiones, creo que debe de ser porque, en definitiva, se basa en alguna versión de la distinción, introducida subrepticiamente en su disertación, entre la "muerte directa" y el hecho de "no dejar viva a otra persona".

Cuanto más se reflexiona sobre la argumentación de Thomson, más parece ésta referirse a alguna versión de esta distinción. Desde luego, empieza por desechar la opinión de que sea siempre reprobable matar directamente, porque, a su juicio, sustentar esa opinión significaría condenarse de por vida a estar unido con el violinista; pero procede luego, como hemos indicado, a desechar siquiera una manera de matar para salvar la vida, basándose en razones que no parecen tener nada que ver con las consecuencias y sí con el ámbito formal y, por tanto, con la estructura del propio acto (es decir, en la clase de consideraciones formales que generalmente entraña, como veremos, el vocablo "directo"). Y realmente, todo el curso de su argumentación en defensa del aborto consiste en asignar éste a la categoría de problemas samaritanos, en razón de que abortar se justifica o puede justificarse como un modo, *puro y simple*, de *no dispensar asistencia especial*. También aquí, la argumentación versa, no sobre un cálculo de consecuencias, sino

sobre las características formales de la opción personal en sí.

Pues bien: ¿por qué este aspecto aparentemente formal de la opción de una persona ha de determinar sus responsabilidades precisas en una cierta situación, cualesquiera que sean las demás circunstancias y las consecuencias o resultados previstos? Cuando sepamos *por qué*, en ambos lados del debate sobre el aborto, hacemos estas distinciones y nos apoyamos en ellas, estaremos en mejor situación de determinar: 1) si la desconexión del violinista constituye o no, en definitiva, una muerte directa en el sentido que los papas y otros consideran relevante; 2) si el aborto equivale o no, en líneas generales, a desconectar al filósofo cautivo del músico moribundo.

II

Al igual que el lenguaje moral de Thomson (que contrasta lo lícito con lo ilícito), la norma tradicional sobre el homicidio deriva su perentorio rigor, desde el punto de vista histórico, principalmente del mandato, respetado por ser divino y revelado, de "no matar al inocente y al justo".[14] Pero el sinnúmero de principios morales negativos perentorios corresponde al acervo de aspectos realmente fundamentales del progreso humano, que a su vez corresponde al acervo de necesidades e inclinaciones humanas realmente básicas y dominantes. Para ser plenamente razonable, se debe permanecer *accesible* a todo aspecto básico del desarrollo humano, a toda forma básica de provecho

[14] Véase Éxodo, 23: 7; Éxodo, 20: 13; Deuteronomio, 5: 17; Génesis, 9: 6; Jeremías, 7: 6 y 22: 3.

humano. ¿No son cada uno de estos factores irreductiblemente fundamentales, y ninguno está destinado simplemente a acabarse? ¿No son los bienes básicos inconmensurables? Naturalmente, es razonable concentrarse en la realización de las formas del bien, en o para las comunidades y personas concretas (y, ante todo, uno mismo) con cuya situación, talentos y oportunidades mejor concuerde cada una de esas formas; pero una cosa es la concentración, la especificación o la particularización, y otra muy distinta, desde el punto de vista racional y moral, tomar una decisión que no pueda menos de ser caracterizada como una decisión *contra* la vida (matar), *contra* la comunicación de la verdad (mentir, en los casos de comunicación en los que esté en juego la verdad), *contra* la procreación, o *contra* la amistad y la justicia que se deben a la amistad. De ahí los estrictos preceptos negativos.[15]

No me importa aquí el sentido general de los términos "responsabilidad", "deber", "obligación" o "licitud", sino el *contenido* de nuestros deberes, responsabilidades y obligaciones, y de las exigencias que el bien de la humanidad nos impone a cada uno. La exigencia general es que permanezcamos convenientemente accesibles y atentos a la consecución del bien de los hombres, respetuosos con él y dispuestos a procurarlo en la medida que podemos realizarlo y respetarlo en nuestras decisiones y planes. Pero la mayoría de las faltas morales no se producen por la violación

[15] Estas observaciones se encuentran, completadas en algunos aspectos en mi artículo "Natural Law and Unnatural Acts", *Heythrop Journal*, núm. 11 (1970), p. 365. Véase también GERMAIN GRISEZ, *Abortion: the Myths, the Realities and the Arguments* (Nueva York, 1970), cap. 6. Mi argumento está muy influido por esta y otras obras de Grisez.

de preceptos negativos estrictos, es decir, no son decisiones directamente contrarias a valores básicos, sino formas de negligencia, de *insuficiente* respeto a esos bienes básicos o a las estructuras derivadas, creadas racionalmente en apoyo de esos bienes básicos. Cuando se acusa a alguien de haber violado directamente un bien fundamental, habitualmente alegará que obró con el debido cuidado e interés por la realización de ese mismo valor fundamental, o de otro, en los resultados del acto elegido, aunque no en el acto mismo. Por ejemplo, un investigador acusado de matar niños a fin de llevar a cabo ensayos médicos hará notar que tales muertes son necesarias para esos ensayos, y éstos indispensables para hacer descubrimientos médicos, y los descubrimientos, para la salvación de muchas más vidas, de suerte que, en vista de las consecuencias previsibles de su actuación, argumentará que manifiesta un respeto razonable y plenamente adecuado —de hecho, el único adecuado— por el valor de la vida humana.

Pero invocar las consecuencias de esa manera significa preterir un criterio de racionalidad práctica y, por ende, de moralidad —a saber, el de que uno debe permanecer accesible a todos los valores básicos, y atento a alguno de ellos, en cada uno de los actos personalmente elegidos— a favor de un criterio completamente diverso: el de que se prefiere obrar así para producir consecuencias que entrañan un predominio del bien sobre el mal mayor que el que previsiblemente ocasionaría la realización de cualquier otra opción factible. Hare ha observado que, "*a efectos prácticos,* no hay importantes diferencias" entre la mayoría de las teorías éticas actualmente en boga; todas éstas son "utilitarias", término que emplea para abarcar la teoría del observador ideal de Brandt, la teoría del

contratante racional de Richards (y quizá también de Rawls), el utilitarismo de la norma específica, el utilitarismo del acto universalista y su propio preceptualismo universal.[16] Todas estas teorías —alega— requieren la adopción de "los principios cuya inculcación general produzca, en conjunto, las mejores consecuencias".[17] No voy a criticar aquí este utilitarismo; la intención de Thomson no es, a primera vista, "consecuencialista". Baste indagar cómo Hare y sus colegas consecuencialistas conocen el futuro, que permanece oculto para la mayoría. ¿Cómo saben qué unidad de valoración hay que escoger de entre el conjunto inconmensurable de aspectos irreductibles básicos del desarrollo humano, o qué principio de distribución de bienes ha de encomendarse a un individuo, considerando sus intereses, los de sus amigos, los de su familia, los de sus enemigos, los de su patria y los de todos los hombres presentes y futuros? ¿Cómo pueden definir la "situación" cuya especificación universal constará en el principio cuya adopción (aislada, en conjunción con otros principios) "producirá" óptimas consecuencias,[18] y determinar la posibilidad y el modo de contrapesar consecuencias actuales y ciertas con resultados futuros e inciertos? ¿Y cómo saben si de hecho se acentuarán al máximo las consecuencias verdaderamente buenas (aun cuando por milagro puedan calcularse), mediante la adopción general de

[16] R. M. HARE, "Rules of War and Moral Reasoning", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, núm. 2 (invierno, 1972), pp. 167 y 168.

[17] *Ibid.*, p. 174.

[18] Véase H. N. CASTAÑEDA, "On the Problem of Formulating a Coherent Act-Utilitarianism", en *Analysis*, núm. 32 (1972), p. 118; y HAROLD M. ZELLNER, "Utilitarianism and Derived Obligation", *Analysis*, núm. 32, 1972, p. 124.

principios consecuencialistas de actuación, junto con los "principios" consecuencialistas necesarios para justificar la inobservancia de los "principios" consecuencialistas en "casos difíciles"?[19] No se puede entender la tradición moral del mundo occidental —con sus principios negativos perentorios, que imponen algún tipo de abstención—, en el cual los principios positivos son relevantes en todas las situaciones concretas, pero perentorios en pocas, si no se entiende que esa tradición ha desechado el consecuencialismo por su carácter ilusorio, pues, en efecto, ni Hare ni sus colegas consecuencialistas pueden dar cumplida respuesta a ninguno de los aspectos precitados de esta indagación, ni una explicación racional coherente sobre cualquier nivel de pensamiento moral superior al del hombre que piensa cuán beneficioso sería obrar "con la mejor intención".[20] Las consecuencias globales previsibles de un acto personal no ofrecen fundamento suficiente para tomar una decisión que no pueda menos de considerarse *en sí misma* directamente contraria a un valor fundamental (aunque éste sea el mismo que se espera ver realizado en las *consecuencias*), porque no es posible dar a las consecuencias globales previstas una valoración lo bastante razonable y definitiva como para erigirlas en criterio decisivo de nuestra respuesta al imperativo de los valores

[19] Véase D. H. HODGSON, *Consequences of Utilitarianism* (Oxford. 1967).

[20] Véase HARE, *op. cit.*, p. 174. "El defecto de la mayor parte de las teorías deontológicas... es que no tienen explicación coherente racional que dar, de ningún nivel de pensamiento moral superior al del hombre que conoce algunos simples principios morales aceptables y se atiene a ellos... Los sencillos principios del deontólogo son los que debemos grabar en nuestra mente e inculcar a nuestros hijos si queremos tener la máxima posibilidad... de obrar con la mejor intención."

humanos, mientras que una decisión directamente encaminada contra un bien fundamental ofrece en sí misma, por así decirlo, su propia valoración definitiva.

No espero que estas observaciones aisladas y fragmentarias resulten de suyo persuasivas. No niego que la presteza tradicional de Occidente (meramente teórica) a desestimar las consecuencias previstas, en los casos en que la acción en sí tenga que caracterizarse necesariamente como opuesta a un valor fundamental, está o estuvo basada en la creencia de que la Providencia dispone siempre, de modo ineluctable, que "todo sea para bien" (es decir, todo el curso de la historia habría resultado excelente, pues las obras indiscutiblemente malas y sus consecuencias se habrían producido en definitiva "para el bien", representado por las obras indiscutiblemente santas y sus consecuencias). Verdaderamente, el moralista consecuencialista (que nutre su imaginación moral en escenarios en los que, matando a un inocente o dos, salva a multitud de seres, a millares, a millones, incluso a la raza entera) representa de modo bastante evidente un fenómeno posterior a la era cristiana; tal presunción acerca de la misión de la Providencia habría parecido absurda también a los filósofos precristianos[21] conocidos de Cicerón y san Agustín. Me contento con sugerir el contexto teórico y moral en que se desarrolla la casuística de lo "directo" y lo "indirecto", dentro del ámbito más amplio de los *tipos* de acto que han de considerarse "inadmisibles" (dejo este término justificado sólo en parte) por ser opciones *inevitablemente contrarias* (es decir, cualesquiera que sean las conse-

[21] Sin contar los moralistas judíos: véase D. Daube, *Collaboration with Tyranny in Rabbinic Law* (Oxford, 1965).

cuencias esperadas) a un valor fundamental de la vida y la actuación humanas. En suma, la responsabilidad personal por la realización del bien humano, el fomento o el respeto del desarrollo humano en situaciones futuras más o menos alejadas de la actuación personal presente, no anula la responsabilidad personal respecto a las formas básicas del bien humano directamente relacionadas con la actuación personal actual.

Pero ¿cómo se decide uno a actuar "directamente en contra" de una forma básica del bien? ¿Cuándo se da el caso, por ejemplo, de que una decisión, un acto intencional, "no pueda menos de" caracterizarse como "inevitablemente" contrario a la vida? ¿Constituye el aborto siempre (o alguna vez) un caso semejante? Un modo de zanjar estas cuestiones puede ilustrarse por referencia a tres casos difíciles cuyas "soluciones" tradicionales contribuyeron decisivamente al criterio también tradicional sobre el aborto. La congruencia de estos "casos difíciles" y estas "soluciones" con el debate sobre Thomson se hará patente en cada caso, pero se evidenciará aún más en la sección siguiente.

1) *Suicidio.* Entendido como decisión plenamente deliberada (y es bastante infrecuente que lo sea), el suicidio constituye el paradigma de un acto que siempre es reprobable, puesto que necesariamente tiene que ser caracterizado como opción directamente contraria a un valor fundamental: la vida. La caracterización es en este caso significativa, pues lo que confiere atractivos a la muerte de uno mismo suele ser, qué duda cabe, la perspectiva de sosiego o de alivio, incluso de una especie de libertad o integración personal, y, a veces, una admirable preocupación por otras

personas; pero la concentración en el encanto de estos valores positivos, por grande que sea, no puede ocultar a un razonador práctico de mente diáfana que es *mediante* y *en* su propia muerte como el suicida pretende o espera realizar esos bienes. Y esta caracterización recibe nitidez y precisión del contraste con heroicos sacrificios en el campo de batalla o con un gustoso martirio.[22] Durkheim calificó el martirio como un caso de suicidio,[23] pero cualquier interesado por la estructura intencional del acto humano (más que por un análisis simplista de movimientos con resultados previstos) admitirá que el mártir no elige directamente la muerte, ni como fin ni como medio, porque, aunque ciertamente cabe esperar que se produzca a consecuencia de su decisión de no ceder a las amenazas del tirano, ella resultará del acto intencional de *otra persona* (el tirano o el verdugo), como culminación de éste, de suerte que el acto deliberado de resistencia del mártir no debe interpretarse de suyo como una decisión contra el bien de la vida.

El caso de suicidio tiene una significación más. Los criterios, las caracterizaciones y las distinciones concernientes a las decisiones de una persona que comportan *su* muerte son aplicables también a las decisiones que implican la muerte *de otros*. Dicho con distintas palabras: ciertos *derechos*, tales como el "derecho a la vida", no sirven de fundamento racional para el criterio de que la muerte de otras personas

[22] Nótese que no afirmo ni niego que el abnegado heroísmo y el martirio sean deberes morales; lo que trato de explicar es que no hay razón para considerarlos faltas contra la moral.

[23] *Le Suicide* (París, 1897), p. 5. Véanse también las observaciones de Daube sobre Donne en "The Linguistics of Suicide", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, núm. 4 (verano, 1972), pp. 418 y ss.

(inocentes) es inadmisible. Lo que es inadmisible es la intención contrapuesta al valor de la vida humana, en cualquier acto en que ese valor quede comprometido en virtud de la estructura intencional y causal de dicho acto; y tal intención inadmisible puede comprometer tanto mi vida como la de otro. Nadie se referirá a su "derecho a la vida" como un derecho, exigible a sí mismo, que explica por qué *su* acto de autodestrucción es reprobable.

En verdad, creo que la justificación real para hablar de "derechos" es la puntualización de que, cuando se trata de caracterizar actos intencionales desde el punto de vista de su apertura a valores humanos básicos, estos valores humanos se realizan y han de realizarse tanto en la vida y el bienestar de otros como en la vida y el bienestar del actor. Es decir, hablar de "derechos" tiene el sentido de delimitar las invocaciones pertinentes a la igualdad y la no discriminación (las cuales no apuntan a la igualdad absoluta, puesto que *mi* vida y mi bienestar gozan de alguna preferencia razonable en el curso de *mi* esfuerzo práctico, siquiera porque estoy mejor situado para garantizarlos). No obstante, estas invocaciones se refieren a la igualdad de *trato;* así, más que hablar vanamente, por ejemplo, de un "derecho a la vida", sería preferible hablar, entre otras cosas, de un "derecho a no ser matado intencionalmente", en donde el significado y la importancia del término "muerte intencional" pueden dilucidarse por la consideración del derecho y de la injusticia de matarse (o sea, de una situación en la que no se plantean "derechos", sino el mero problema de la relación correcta entre los actos personales y los valores básicos que pueden realizarse o menospreciarse en el acto humano).

Por último, el caso de suicidio y su solución tradicional nos recuerdan forzosamente que la ética histórica de Occidente no admite en absoluto que una persona tenga "derecho a decidir sobre el destino de su cuerpo y sus entrañas", derecho que Thomson piensa, asombrosamente (puesto que se refiere a Pío XI y Pío XII), que "todos parecen dispuestos a conceder". Ciertamente, se podría llegar al extremo de afirmar que la ética tradicional occidental sostiene que, en tanto uno *no* tiene "derecho" a decidir sobre el destino del propio cuerpo y de sus vísceras, tampoco tiene, por consiguiente y en la misma medida, derecho a decidir lo que ha de suceder, a consecuencia de los propios actos, al cuerpo y a las vísceras de otro. Como he insinuado ya, y desarrollaré posteriormente, esto sería una especie de simplificación exagerada, puesto que, con razón, se da primacía a la responsabilidad por la vida, la salud, etc., de uno mismo sobre el interés personal por la vida, la salud, etc., de otros. Sin embargo, vale la pena arriesgarse a esta simplificación excesiva a fin de poner de manifiesto que la condena tradicional del aborto (entendido como acto que afecta al cuerpo y las vísceras de un niño) *parte* del rechazo de lo que Thomson cree que todos han de admitir.

2) *"A" mata a un inocente "B", para librarse de la muerte a manos de "C", que ha ordenado a "A" matar a "B"*. Este caso se ha tratado tradicionalmente con el mismo fundamento que los supuestos en que *A* mata a *B* para salvar a *D* (o a D_1, D_2... D_n) de la muerte (quizás a manos de *C*) o de una enfermedad (en cuyo caso, *A* es un investigador médico), ya que tales casos no pueden menos de caracterizarse como decisiones encaminadas directamente contra la vida humana. Desde luego, en todos ellos, la razón de tomar tal

decisión es la de salvar la vida; pero ese salvamento resultará afectado, a su vez, por las decisiones de otros agentes (por ejemplo, la opción por parte de *C* de no matar a *A* en caso de que *A* haya matado a *B;* o la opción por parte de *C* de no matar a *D*) o por sucesiones de eventos completamente distintas (por ejemplo, si *D* recibe fármacos capaces de salvar la vida descubiertos por *A*).

Por consiguiente, la ética tradicional afirma que "el derecho de defensa propia tiene límites rigurosos" desde un punto de vista análogo al de Thomson. "Si alguien induce a una persona, bajo amenaza de muerte, a torturar a un tercero hasta matarle, no creo que esa persona tenga derecho a tal acto, ni aun para salvar su vida" (p. 252). Y fue este mismo problema el que ocasionó el primer pronunciamiento eclesiástico sobre el aborto en la edad moderna, en el cual se negó que "sea lícito procurar el aborto antes de la animación del feto a fin de evitar que se dé muerte o deshonre a una muchacha al descubrirse su embarazo".[24] La decisión de abortar en este caso no puede menos de caracterizarse como contraria a la vida, puesto que sus buenos efectos de salvación de la vida o la reputación de la joven son consecuencias meramente presuntas, que sobrevendrían, en su caso, por los actos ulteriores de otras personas y no tienen nada que ver con las que resultarán del acto abortivo en sí. Pero no entiendo cómo se puede llegar a una so-

[24] Decreto del Santo Oficio, 2 de marzo de 1679, error núm. 34; véase DENZINGER y SCHONMETZER, *Enchiridion symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum* (Barcelona, 1967), párr. 2134; GRISEZ, *Abortion: the Myths, the Realities and the Arguments*, p. 174; JOHN T. NOONAN, Jr., "An Almost Absolute Value in History", en *The Morality of Abortion*, ed. de John T. Noohan, Jr. (Cambridge, Massachusetts, 1970), p. 34.

lución de esta segunda clase de caso difícil sacándose de la manga, como Thomson pretende, un "derecho a la vida", un "derecho a determinar el destino del propio cuerpo y sus vísceras", un "derecho de defensa propia" y un "derecho de negarse a manipular a otras personas", derechos todos ellos compartidos igualmente por *A, B, C, D,* D_1, D_2...

3) *Muerte de la madre para salvar al hijo.* Éste es el único aspecto del aborto que mencionó Tomás de Aquino; pero trató de él en tres ocasiones.[25] Si se admite que la muerte eterna es peor que la mera muerte corporal, ¿no habrá que escoger el mal menor? Y en consecuencia, si el niño no nacido ha de morir probablemente sin bautismo, ¿no se deberá abrir a la madre, sacar al niño y salvarle de la muerte eterna bautizándole? (Si el problema planteado por el de Aquino parece irreal, puede corregirse, considerando, en cambio, los casos en que la vida del niño parece mucho más valiosa, tanto desde su punto de vista como del de otros, que la vida de su madre enferma, anciana o plebeya.) Pero Tomás de Aquino responde: no. Evidentemente, considera (por razones que examino en la sección III) que tal proyecto entraña una opción directamente contraria a la vida y es francamente reprobable, pese a sus buenas consecuencias.

Así, la condena tradicional del aborto terapéutico no se deriva de un prejuicio antifeminista o favorable a los niños, sino de una aplicación directa de la solución del primer caso al segundo, en razón de que

[25] Véase *Summa Theologiae* III, q. 68, art. II; 4 *Sententiarum* d. 6 q. 1, a. 1, q. 1 ad 4; d. 23, q. 2, 1. q. 1, ad 1 y 2; GRISEZ, *op. cit.*, p. 154; NOONAN, *op. cit.*, p. 24.

madre e hijo son *igualmente* personas en las que debe cumplirse el valor de la vida humana (o respetarse el "derecho a la vida") y no atacarse directamente.[26]

III

Pero examinemos, por fin, esta "condena tradicional del aborto" con un poco más de atención que Thomson. No es ésta una condena de la administración de medicamentos a una madre encinta cuya vida se ve amenazada, supongamos, por una fiebre alta (sea ésta fruto del embarazo o no), en un intento de reducir la fiebre, aunque se sepa que tales medicamentos tienen el efecto colateral de provocar un aborto. Ni significa una condena de la extirpación del útero, afectado de cáncer maligno, de una mujer encinta, a sabiendas de que el feto existente en su interior no es viable y por tanto morirá. Por otra parte, es muy dudoso que represente una condena de la operación de reposición del útero desplazado de una embarazada cuya vida se vea amenazada por ese desplazamiento, aunque tal operación requiera drenar el líquido amniótico necesario para la supervivencia del feto.[27]

[26] La indicación de Pío XII, citada por Thomson, de que "el concebido en el seno materno recibe el derecho a la vida inmediatamente de Dios" no tiene su punto crítico en la afirmación de una premisa de la que pudiera deducirse la ilicitud de la muerte directa, sino en el aserto de que *si* alguien (p. ej., la madre) tiene derecho a que no se atente directamente contra su vida, el concebido tiene ese mismo derecho, ya que, como Pío XII pone de manifiesto a continuación, "el concebido no nacido es un ser humano en la misma medida y por la misma razón que la madre".

[27] Los tres supuestos mencionados en este párrafo se exponen en un libro de texto tradicionalista católico: MARCELINO ZALBA, *Theologiae Moralis Compendium* (Madrid, 1958), i. 885.

Pero ¿por qué no se condenan estas operaciones? Como ha hecho notar Foot, la distinción establecida entre estas y otras operaciones con riesgo letal "ha suscitado reacciones especialmente ásperas de parte de algunos no católicos. Si se permite ocasionar la muerte a la criatura, ¿qué importancia tiene el modo de hacerlo".[28] Sin embargo, esta autora se ha esforzado en contestar a su pregunta; no se ha contentado con dejar la cuestión donde Hart la había dejado cuando afirmó:

> Quizás el rasgo más desconcertante de estos casos sea que el fin predominante en todos ellos es la consecución del mismo resultado favorable, a saber... el de salvar la vida de la madre. Las diferencias entre estos casos son diferencias de estructura causal que llevan a la aplicabilidad de diversas distinciones verbales. No parece existir ninguna diferencia entre ellos según cualquier teoría de moralidad... (Atribuir relevancia moral a las distinciones establecidas de este modo), en casos cuyo fin último es el mismo, sólo puede explicarse como consecuencia de una concepción legalista de la moralidad, entendida en forma de una ley rígida que prohíbe toda muerte intencional, entendida como acto distinto del de ocasionar la muerte a sabiendas.[29]

Foot reconoce que no basta atender al "fin dominante" y "propósito último" para librarse de horrores morales tales como salvar vidas matando a rehenes inocentes, etc. Como principio general, aunque no exclusivo ni, al parecer, riguroso, propone que uno

[28] PHILIPPA FOOT, "The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect", *The Oxford Review*, vol. 5 (1967), p. 6.

[29] H. L. A. HART, "Intention and Punishment", *The Oxford Review*, vol. 4 (1967), p. 13; reimpreso en HART, *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968), pp. 124, 125.

tiene el deber de abstenerse de hacer daño a personas inocentes, y que este deber es más estricto que el de ayudar a los demás; esto le da a entender que "podemos considerar" correcta la conclusión tradicional de que no se debe quebrar el cráneo al concebido no nacido a fin de salvar a la madre (en caso de que el niño pudiera salvarse si se dejara morir a la madre): "porque, en general, no creemos que se pueda matar a una persona inocente para salvar a otra".[30] Pero ¿que es "hacer daño" a personas inocentes? Esta autora no considera un daño despedazar a un hombre (o matarle) y comérselo, a fin de salvar a otros, aprisionados con él en una cueva, *si se tiene la certeza de que moriría pronto de todos modos.*[31] Supongamos, pues, que estuviera dispuesta (aunque de mala gana) a justificar la muerte a manos de *A* de los rehenes *B*, B_1 y B_2 cada vez que el chantajista *C* amenazara con matarlos, junto con *D*, D_1 y D_2, si *A* no los matara directamente. Cabe preguntarse si ésta no es una concesión injustificada, aunque plausible, al consecuencialismo.

En todo caso, Foot era consciente no sólo de que la "doctrina del doble efecto" debe tomarse en serio aunque parezca bastante extraña",[32] sino también de lo que Thomson no ha consignado en su breve nota tercera a la página 248, acerca del sentido técnico dado al término "directo" por los moralistas que aplican dicha doctrina al análisis de la relación entre decisiones y valores básicos, a saber, que esa doctrina requiere otra condición, además de que no se pretenda, como fin ni como medio, el efecto al aspecto malo (por ejemplo, la muerte de alguien) que ciertamente

[30] Foot, *op. cit.*, p. 15.
[31] *Ibid.*, p. 14.
[32] *Ibid.*, p. 8.

ha de ocasionar el acto. Para que pueda demostrarse que un acto con riesgo de muerte no debe caracterizarse como directa o intencionalmente contrario al bien de la vida humana, la doctrina citada requiere además que el efecto o aspecto bueno que se pretende sea proporcionado (por ejemplo, salvar la vida a alguien), es decir, suficientemente bueno e importante, en relación con el efecto o aspecto malo; de lo contrario (podemos añadir, *motu proprio*), la decisión en cuestión, aunque no encaminada directa o intencionalmente a matar, se calificará, con razón, como respuesta inadecuada al valor de la vida humana.[33] Y esta consideración bastará por sí sola para descalificar los abortos practicados con el único fin de retirar el feto indeseado del cuerpo de una mujer que haya concebido a consecuencia de violación, aun cuando la frase "que no se pretenda directamente, como fin ni como medio" se entienda de tal modo que el aborto no represente una muerte directamente pretendida (por ejemplo, porque la madre desee sólo la extracción, y no la muerte, del feto, y esté dispuesta a dejar que éste sea criado en una incubadora, de haber una disponible).[34]

[33] *Ibid.*, p. 7. Ésta es la última de las cuatro condiciones habituales para la aplicación de la "doctrina del doble efecto"; véase por ejemplo, GRISEZ, *op. cit.*, p. 329. G. E. M. ANSCOMBE, en "War and Murder", *Nuclear Weapons and Christian Conscience*, ed. de W. STEIN (Londres, 1961), p. 57, formula el "principio del doble efecto" en relación con la situación en la que "una persona inocente morirá, a menos que uno cometa una mala acción"; así "uno no es un asesino, si la muerte de la víctima no fue ni el fin que se propuso ni un medio elegido para otro fin, y *si tuvo que optar entre obrar del modo como actuó o hacer algo absolutamente prohibido*" (las cursivas son mías).

[34] GRIZES argumenta así en *op. cit.*, p. 343; igualmente, en "Toward a Consistent Natural Law Ethics of Killing", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 15 (1970), p. 95.

Ahora bien: ¿cómo hay que explicar estos requisitos fundamentales de la doctrina del doble efecto? ¿Cuándo se puede decir que el aspecto o efecto malo previsto de un acto no se pretende ni como fin ni como medio, y, por tanto, el acto no se caracteriza moralmente por la conculcación de uno de los valores humanos básicos? Puesto que, de todos modos, es imposible dar aquí una explicación completa de esta cuestión, permítaseme limitar el tema al problema, más difícil y controvertido, de los "medios". Está bastante claro que *A* intenta la muerte de *B, como medio,* cuando le mata para atenerse a las órdenes del chantajista *C* (con objeto de salvar de ese modo las vidas de *D* y de otros), ya que el efecto bueno del acto de *A* se producirá solamente en virtud de *otro* acto humano (en este caso, el de *C*); pero Grisez (no consecuencialista) argumenta que los efectos o aspectos malos de un proceso o encadenamiento causal *natural* no han de considerarse pretendidos como medios para la consecución de los efectos o aspectos buenos de ese proceso, aunque éstos dependan de aquéllos en sentido causal (y siempre y cuando esos efectos buenos no pudieran haberse conseguido de otro modo por ese agente en aquellas circunstancias).[35] Así pues, creo que Grisez opinaría que Thomson puede en justicia desconectarse del violinista (al menos en el supuesto de que la conexión pusiera en peligro su vida), aunque tal desconexión sólo pudiera efectuarse haciendo pedazos al músico. Y del mismo modo trata de la operación de aborto destinada a salvar una vida, sosteniendo que no entraña una decisión directamente contraria a la vida la de destruir el feto, si el fin que se pretende es salvar la existencia de la madre y el medio

[35] *Ibid.*, p. 333 y pp. 89-90, respectivamente.

pretendido es simplemente la extracción del feto y el consiguiente alivio al cuerpo materno.[36] Como razón suasoria, reitera la presunción de que, si hubiera una incubadora disponible para el feto o fuese factible una operación de reanimación de éste, una madre y un médico de recta intención desearían en tal caso facilitar ambas cosas a aquél; esto demuestra —dice— que no hay que considerar que una madre y un médico de recto entendimiento, aun cuando no se disponga realmente de tales medios, pretenden la muerte del feto que destruyen.[37] Por mi parte, creo que es excesiva la seguridad de Grisez en tales hipótesis contradictorias de hechos para especificar el sentido o la intención moralmente relevantes de los actos humanos, puesto que distingue demasiado la "intención" moralmente relevante de la intención que dicta el sentido común, tiende a deslindar los criterios morales tradicionales y de sentido común sobre el suicidio (pues un suicida podría aducir que no es la muerte lo que quiere, sino sólo un largo espacio de paz y quietud, después del cual reviviría gustosamente, si fuera posible), e igualmente altera nuestros criterios acerca del asesinato y, en particular, los que versan sobre la diferencia entre administrar fármacos (capaces de acortar la vida) para aliviar el dolor y administrar fármacos para aliviar el dolor mediante la muerte.

En todo caso, la versión de la ética tradicional no consecuencialista que ha ganado aprobación expresa

[36] *Ibid.*, p. 341 y p. 94, respectivamente.

[37] *Ibid.*, p. 341 y p. 95, respectivamente. Convengo con Grisez en que el hecho de que, si se dispusiera de una incubadora, muchas mujeres *no* trasladarían a su hijo abortado a una de ellas, demuestra que éstas intentan de modo directo y doloso la muerte de su prole. Sospecho que Judith Thomson estará de acuerdo con esta opinión.

por parte de la Iglesia católica en estos últimos 90 años trata la cuestión de modo diverso: interpreta el aspecto o efecto malo (o desfavorable) del acto a_1 como un aspecto *querido* de dicho acto, no sólo cuando el efecto bueno (a diferencia del malo) se origina sólo en virtud de otro acto humano a_2, sino también *en ocasiones* en las que el efecto bueno y el malo forman parte de un encadenamiento causal natural que no requiere la concurrencia de otro acto humano para producir sus efectos. *En ocasiones*, pero no siempre; ¿cuándo, pues?

Se invoca expresamente o se toma implícitamente como fundamento una diversidad de factores, al formular la opinión de que el efecto malo debe entenderse pretendido como un medio; Bennett calificaría de "embrollo" esta serie de factores,[38] pero es aún más compleja. Será conveniente descartarlos, a la vez que se examina su valor en los dos casos principales que se discuten, la craneotomía del feto practicada para salvar la vida a la madre y ese notable escenario en el que "usted se vuelve hacia atrás y se desconecta de ese violinista para salvar la vida".

1) ¿Se habría elegido el acto que se pretendió si la víctima no hubiera estado presente? Si la respuesta es afirmativa, hay razón para afirmar que los aspectos malos del acto, a saber, los efectos letales sobre la víctima (el niño o el violinista), no se pretenden o eligen ni como fin ni como medio, sino que son efectos secundarios auténticamente accidentales que no determinan necesariamente el carácter atentatorio contra la vida humana del acto en cuestión. Ésta fue la razón principal que los moralistas eclesiásticos tuvieron

[38] JONATHAN BENNETT, "Whatever the consequences", *Analysis*, vol. 26 (1966), p. 92, nota 1.

para considerar permisible la operación de extirpar el útero canceroso de la embarazada.[39] Y la "áspera" reacción que Foot menciona y respalda —"Si se permite ocasionar la muerte a la criatura, ¿qué importancia tiene el modo de hacerlo?"— parece aquí incoherente, porque lo que aquí se discute no es una mera cuestión de técnica, de los diversos métodos de hacer algo. Se trata más bien de las razones auténticas que uno tiene para obrar de una manera determinada, las cuales pueden caracterizar el acto como realización intencional. No hay razón siquiera para desear librarse del feto dentro de la matriz, y mucho menos para pretender destruirlo; y así, el acto, aunque desde el punto de vista causal está encaminado ciertamente a matar, no es, desde el punto de vista intencional, una decisión contra la vida.

Pero, desde luego, *este* factor no sirve para distinguir la craneotomía del feto del acto de desconectarse del violinista; en ambas situaciones, la presencia agobiante de la víctima es lo que hace que uno se resista a realizar el acto de que se trata.

2) ¿Quien toma la decisión es la persona cuya vida se ve amenazada por la presencia de la víctima? Thomson entiende, con razón, que ésta es una cuestión pertinente, y Tomás de Aquino centra en ella su disertación sobre el homicidio en defensa propia (disertación de la cual puede decirse que se deriva la "doctrina" del doble efecto, en cuanto método teóricamente complejo de analizar la intención). Dice:

[39] Véase el debate entre A. GEMELLI y P. VERMEERSCH, resumido en *Ephemerides Theologicae Lovaniensis*, vol. II (1934), pp. 525-561; véase también NOONAN, *op. cit.*, p. 49; y ZALBA. *Theologiae Moralis Compendium*, I, 885.

> Aunque no es permisible tratar de matar a alguien a fin de defenderse (puesto que no es justo realizar el acto de "matar a un ser humano", excepto [en algunos casos de agresión injusta] por parte de la autoridad pública y en pro del bienestar general), no es moralmente necesario abstenerse de hacer lo que sea estrictamente conveniente para asegurar la propia supervivencia con el simple fin de guardarse de matar a otro, porque proteger la propia vida es un interés moral personal más estricto que proteger la vida de otra persona.[40]

Como Thomson ha sugerido, un espectador, enfrentado a la situación en que la presencia de una persona inocente pone en peligro la vida de otra persona inocente, se encuentra en diferente posición: el decidirse a intervenir, a fin de matar a una persona para salvar a otra, implica la opción de erigirse en dueño y señor de la vida y la muerte, en juez de vivos y muertos; y puede afirmarse que el ámbito de su opción impide al espectador la posibilidad de decir, razonablemente, lo que el hombre que se defiende puede argüir: "No pretendo matar; sólo hago —como único acto, y no simplemente en virtud de sus remotas consecuencias o del acto subsiguiente de otra persona— lo que es estrictamente necesario para proteger mi vida, suprimiendo por la fuerza lo que la amenaza". Ahora bien: la condena tradicional del aborto[41] afecta a la situación del espectador; un es-

[40] *Summa Theologiae* II-II q. 64, art. 7: "Nec est necessarium ad salutem ut homo actum moderatae tutelae praetermittat ad evitandum occisionem alterius; quia plus tenetur homo vitae suae providere quam vitae alienae. Sed quia occidere hominem non licet nisi publica auctoritate propter bonum commune, ut ex supra dictis patet (art. 3), illicitum est quod homo intendat occidere hominem ut seipsum defendat".

[41] *Ibid.*, arts. 2 y 3.

para considerar permisible la operación de extirpar el útero canceroso de la embarazada.[39] Y la "áspera" reacción que Foot menciona y respalda —"Si se permite ocasionar la muerte a la criatura, ¿qué importancia tiene el modo de hacerlo?"— parece aquí incoherente, porque lo que aquí se discute no es una mera cuestión de técnica, de los diversos métodos de hacer algo. Se trata más bien de las razones auténticas que uno tiene para obrar de una manera determinada, las cuales pueden caracterizar el acto como realización intencional. No hay razón siquiera para desear librarse del feto dentro de la matriz, y mucho menos para pretender destruirlo; y así, el acto, aunque desde el punto de vista causal está encaminado ciertamente a matar, no es, desde el punto de vista intencional, una decisión contra la vida.

Pero, desde luego, *este* factor no sirve para distinguir la craneotomía del feto del acto de desconectarse del violinista; en ambas situaciones, la presencia agobiante de la víctima es lo que hace que uno se resista a realizar el acto de que se trata.

2) ¿Quien toma la decisión es la persona cuya vida se ve amenazada por la presencia de la víctima? Thomson entiende, con razón, que ésta es una cuestión pertinente, y Tomás de Aquino centra en ella su disertación sobre el homicidio en defensa propia (disertación de la cual puede decirse que se deriva la "doctrina" del doble efecto, en cuanto método teóricamente complejo de analizar la intención). Dice:

[39] Véase el debate entre A. GEMELLI y P. VERMEERSCH, resumido en *Ephemerides Theologicae Lovaniensis*, vol. II (1934), pp. 525-561; véase también NOONAN, *op. cit.*, p. 49; y ZALBA, *Theologiae Moralis Compendium*, I, 885.

> Aunque no es permisible tratar de matar a alguien a fin de defenderse (puesto que no es justo realizar el acto de "matar a un ser humano", excepto [en algunos casos de agresión injusta] por parte de la autoridad pública y en pro del bienestar general), no es moralmente necesario abstenerse de hacer lo que sea estrictamente conveniente para asegurar la propia supervivencia con el simple fin de guardarse de matar a otro, porque proteger la propia vida es un interés moral personal más estricto que proteger la vida de otra persona.[40]

Como Thomson ha sugerido, un espectador, enfrentado a la situación en que la presencia de una persona inocente pone en peligro la vida de otra persona inocente, se encuentra en diferente posición: el decidirse a intervenir, a fin de matar a una persona para salvar a otra, implica la opción de erigirse en dueño y señor de la vida y la muerte, en juez de vivos y muertos; y puede afirmarse que el ámbito de su opción impide al espectador la posibilidad de decir, razonablemente, lo que el hombre que se defiende puede argüir: "No pretendo matar; sólo hago —como único acto, y no simplemente en virtud de sus remotas consecuencias o del acto subsiguiente de otra persona— lo que es estrictamente necesario para proteger mi vida, suprimiendo por la fuerza lo que la amenaza". Ahora bien: la condena tradicional del aborto[41] afecta a la situación del espectador; un es-

[40] *Summa Theologiae* II-II q. 64, art. 7: "Nec est necessarium ad salutem ut homo actum moderatae tutelae praetermittat ad evitandum occisionem alterius; quia plus tenetur homo vitae suae providere quam vitae alienae. Sed quia occidere hominem non licet nisi publica auctoritate propter bonum commune, ut ex supra dictis patet (art. 3), illicitum est quod homo intendat occidere hominem ut seipsum defendat".

[41] *Ibid.*, arts. 2 y 3.

pectador necesariamente toma la decisión de matar: *a)* si secciona el abdomen a una mujer, de modo previsiblemente fatal para ella, a fin de salvar al hijo de la peligrosa envoltura de la madre (por ejemplo, porque la placenta se haya soltado y el hijo viable se halle atrapado y expuesto a morir a menos que se le rescate, o porque la sangre de la madre esté intoxicándole, en una situación en la que el espectador prefiera salvar al niño, bien por querer librarlo de la condenación eterna, bien porque el niño sea de sangre real y la mujer de humilde cuna, o porque la madre de todos modos esté enferma, sea anciana o inválida o "haya vivido lo suyo", mientras que la criatura tiene toda una vida por delante); *b)* si despedaza o ahoga al niño, a fin de salvar a la madre de su presencia amenazadora. Como dice Thomson, "en las actuales circunstancias, no es mucho lo que una mujer puede hacer para practicarse un aborto de modo seguro" (p. 251), lo cual es cierto, al menos, sin la ayuda de los circunstantes, quienes al ayudar (directamente) tomarían igual determinación que si lo practicaran personalmente. En cambio, la desconexión del violinista es efectuada por la propia persona que se defiende. Thomson admite que esto da un cariz muy distinto a la situación, pero cree que la diferencia no es decisiva, dado que los circunstantes poseen una razón terminante para intervenir a favor de la *madre* amenazada por la presencia de su hijo; y encuentra esa razón en el hecho de que la madre *es dueña* de su cuerpo, de igual modo que la persona acoplada al violinista *es dueña* de sus riñones y tiene derecho a no ser estorbada en su uso. Pues bien: ese factor ha sido siempre tenido en cuenta asimismo en estos problemas, como veremos al atender a la siguiente cuestión.

3) ¿Supone el acto elegido no sólo una denegación de ayuda y socorro a alguien, sino también una intervención real que representa un ataque al cuerpo de esa persona? Bennet ha preferido negar importancia a tal cuestión;[42] pero Foot[43] y Thomson han entendido, correctamente, que en materia tan delicada como la de respetar la vida de otras personas, y de caracterizar las decisiones del sujeto a fin de valorar su respeto por la existencia, *puede* ser importante el hecho de que alguien lesione directamente a otro y no sólo se abstenga de procurarle el grado de asistencia necesario para proteger su vida. A veces, como en este caso, es la estructura causal de la propia actividad la que compromete al agente, de grado o por fuerza, a decidirse a favor o en contra de un valor fundamental. La relación entre la propia actividad y la destrucción de la vida puede ser tan estrecha y directa que las intenciones y consideraciones que darían un carácter dominante a la mera abstención de proteger la existencia no afecten al carácter dominante de una privación directa de ésta. Seguramente ésa es la razón por la cual Thomson intenta una y otra vez representar la decisión de abortar como una opción de *no* procurar asistencia o medios, de *no* comportarse como un buen samaritano y menos aún como un excelente samaritano; pero es que, además, describe esmeradamente el caso del violinista con el propósito de minimizar el grado de ataque a su cuerpo y dar la máxima importancia a la analogía de la simple negativa a la petición de prestar voluntariamente sus riñones para el bienestar de aquél (similar a la negativa de Henry Fonda a cruzar América para salvar la vida a Judy Thomson). "Si

[42] BENNETT, *op. cit.*
[43] FOOT, *op. cit.*, pp. 11-13.

hay algo absolutamente cierto, es que usted no cometería un asesinato, no haría nada ilícito, si se volviera hacia atrás y se desconectase del violinista para salvar la vida." Ciertamente, convendría, no obstante, poner a prueba algo más las reacciones morales del agente: supongamos que el acto de desconectarse no sólo requiera la intervención de un *circunstante,* sino que además (por razones médicas tales como septicemia, conmoción, etc.) no pueda realizarse de modo seguro hasta seis horas después de la muerte del violinista, siempre y cuando se le haya matado de repente (por ejemplo, mediante asfixia o decapitación), aunque no necesariamente en estado consciente. ¿Se podrá estar *tan* seguro entonces, como observador, de que es justo matar al violinista para salvar al filósofo? He expuesto esta versión revisada con la intención primordial de ilustrar *otra* razón para pensar que, dentro de la casuística tradicional, la desconexión del violinista *no* es, en la versión de Thomson, el "homicidio directo" que ella afirma que es y que *debe* afirmar que es si quiere defender su tesis de que hay que rechazar el principio tradicional sobre el homicidio directo.

Echemos ahora una ojeada retrospectiva a la regla tradicional sobre el aborto. Si la madre necesita tratamiento médico para salvar la vida, lo debe obtener, con una condición, aunque exista la certeza de que ese tratamiento ha de ocasionar la muerte al no nacido, ya que, al fin y al cabo, su cuerpo es *suyo,* como "las mujeres han repetido hasta la saciedad" (¡no sin haber sido escuchadas por los casuistas tradicionales!). Y ¿cuál es esa condición? Que el tratamiento médico no se realice por medio de ataque directo al cuerpo del niño u operación dirigida contra él; porque, al fin y al cabo, *el cuerpo del niño pertenece a éste y no a su madre.* Los casuistas tradicionales han admitido las

reclamaciones hechas en nombre de un "cuerpo" hasta el mismo límite en que esas reclamaciones degeneran *en meros prejuicios (comprensibles), en meras negativas egoístas (comprensibles también)* a escuchar *esa misma clase* de reclamaciones ("este cuerpo es *mío*") cuando son formuladas por otra persona o en su nombre.[44] Desde luego, un casuista tradicional demostraría una falta absoluta de sentimientos si no simpatizara profundamente con las mujeres que se encuentran en las desesperadas circunstancias que son ahora objeto de discusión; pero resulta fastidioso encontrar a una filosófica Judith Thomson que, en un momento de calma, parece incapaz de entender cuándo un argumento es arma de dos filos e ignorante de que los casuistas han examinado el problema antes que ella y, a diferencia de ésta, han ofrecido una argumentación que corta por los dos filos. El hijo, como su madre, tiene un "derecho preferente sobre su propio cuerpo", y el aborto implica poner las manos sobre ese cuerpo, manipularlo. Y aquí tenemos quizá la razón decisiva de por qué el aborto no puede asimilarse a la categoría de problemas samaritanos y de por qué su colocación dentro de ese ámbito por parte de Thomson es una mera novedad ingeniosa.

4) ¿Acaso éste es un acto contra alguien que tenía el deber de no hacer lo que hacía o de no estar presente donde estaba? No cabe duda de que la "inocencia" de la víctima a quien se quita la vida ofrece un buen criterio para diferenciar un acto respetuoso con el bien de la vida humana de un homicidio intencional.

[44] Pero, por supuesto, no han utilizado la sorprendente plática de Thomson sobre "posesión" del propio cuerpo, con sus connotaciones desconcertantes y legalistas y la reducción dualista de los sujetos procesales a objetos.

Es difícil desentrañar cómo y por qué constituye un criterio diferencial; pero éste es un problema que no intentaré resolver aquí. Todos nosotros, por la razón que sea, reconocemos esa diferencia y Thomson ha admitido expresamente su importancia (p. 248).

Pero su modo de hablar de "derechos" produce, al fin, un efecto contraproducente en este aspecto. Podemos conceder, y de hecho concedemos, que el concebido no nacido carece de un *derecho de reclamación* hohfeldiano que le autorice a permanecer en el cuerpo de la madre en cualquier caso; ésta no está sujeta al deber estricto de dejarle permanecer allí en toda circunstancia. En *ese* sentido, el hijo "no tiene derecho a estar ahí". Thomson expone también el caso del ladrón que entra en casa; y ¡tampoco él posee "derecho a estar ahí", aunque ella le abra la ventana!; pero ¡cuidado con equivocarse! Al ladrón no sólo no le corresponde derecho alguno a reclamar que se le permita entrar o quedarse; está, además, en el deber estricto de *no* entrar o quedarse, es decir, carece de toda *libertad* hohfeldiana, y esta idea es la que domina en nuestras mentes cuando pensamos que "no tiene derecho a estar ahí": realmente, es injusto que se encuentre allí. Lo mismo cabe decir de Jones, que se lleva el abrigo de Smith dejando que éste se muera de frío; e igualmente del violinista. Él y sus agentes tienen el deber estricto de no acoplarse a Judith Thomson o a su amable lector. Naturalmente, el violinista puede haber perdido el conocimiento y carecer, por tanto, de culpa; pero el asunto es una injusticia absoluta y flagrante contra la persona cuyos riñones se aprovechan como cosa propia, y la injusticia respecto a esa persona no se mide solamente por el grado de culpa moral de una de sus participantes. Todo nuestro parecer sobre la situación del violinista

está matizado por la ilegitimidad rapaz y persistente de su acoplamiento a la víctima.

Pero algo de esto ¿puede predicarse o pensarse razonablemente del niño no nacido? Ciertamente, el niño no tiene un *derecho de reclamación* que le autorice a iniciar su existencia dentro de la madre; pero no ha incurrido en infracción de ningún *deber* al comenzar a existir ni al permanecer presente dentro de ella; Thomson no ofrece en absoluto argumentos a favor de la tesis de que el niño infringe un deber por estar presente (aunque sus ejemplos contrarios demuestran que con frecuencia lo supone tácitamente). (Verdaderamente, si aplicamos también la funesta analogía del dueño de una casa, no veo inconveniente en que el niño no nacido pueda decir con justicia, refiriéndose al cuerpo que lo envuelve: "Ésta es mi casa. Nadie me ha otorgado un derecho de propiedad sobre ella, pero tampoco se lo ha *otorgado* nadie a mi madre". El caso es que ambas personas *comparten* el uso de este cuerpo, ambas por la misma clase de título, a saber, que éste es el modo como empezaron a existir. Pero "será mejor desechar esta explicación improcedente a base de "propiedad" y "derecho de propiedad".) Así que, aunque el concebido "no tenía derecho a estar ahí" (en el sentido de que nunca tuvo un derecho de reclamación a que se le permitiera *iniciar* allí su existencia), en otro sentido recto y más importante *sí* "tenía derecho a estar allí" (en el sentido de que su estancia o su permanencia allí no constituía infracción de un deber). Esto es, según creo, evidente y claramente distinto del caso del violinista. Quizá la violación constituya un caso especial; pero aun entonces parece caprichoso decir que el niño tenga o pueda tener una parte de culpa, como el violinista es culpable

o lo sería si no fuera por la circunstancia adventicia de que se encontraba entonces sin sentido.

Sin embargo, no quiero ser dogmático en lo tocante a los conceptos de justicia o injusticia, de inocencia o culpa, que entrañan algunas concepciones de la violación. (Ya hice notar que la ilicitud del aborto, en los casos en que la vida de la madre no corre peligro, no depende necesariamente de que se demuestre que el acto es una opción directamente encaminada a matar.) Me basta haber demostrado que, en tres aspectos reconocidamente importantes, el caso del violinista difiere del aborto terapéutico practicado para salvar la vida de la madre. Tal como lo ha presentado Thomson, el caso del violinista entraña: 1) la ausencia de espectadores; 2) la falta de una operación o de un ataque contra el cuerpo del violinista; 3) una injusticia indiscutible por parte del agente en cuestión. Estos tres factores faltan en los casos de aborto que aquí se discuten, y todos ellos han sido calificados de pertinentes por los casuistas tradicionales cuyas condenas Thomson estaba esforzándose en impugnar cuando nos acopló al violinista.

Sin embargo, al fin y a la postre, no he contestado rigurosamente a mi propia pregunta. ¿Cuándo se puede decir que el efecto o aspecto malo previsto de un acto no se pretende ni como fin ni como medio y, por tanto, no caracteriza moralmente al acto como opción conculcadora de un valor humano básico? No he hecho más que enumerar algunos factores. No he expuesto cómo se decide qué combinación de estos factores basta para responder a esta cuestión en un sentido con preferencia al otro. No he indicado los supuestos del hombre condenado a "andar la pasarela" o del pirata que se encuentra fuera de ésta; de la mujer que deja atrás a su hijo cuando huye del león, o de

otra mujer que echa el suyo al león como alimento a fin de favorecer su huida; del niño "inocente" que amenaza matar a un hombre de un disparo, o del hombre que dispara sobre ese niño para salvarse;[45] del explorador hambriento que se mata para proporcionar alimento a sus compañeros, o del otro explorador que vaga lejos del grupo para no ocasionarles estorbo o la disminución de sus raciones. Los casos son muchos, diversos, instructivos. Una aplicación demasiado generalizada o dogmática de la noción de "doble efecto" sería una ofensa contra la máxima aristotélica, del *common law* y de Wittgenstein, de que aquí "no sabemos cómo trazar los límites del concepto" —de intención, de respeto por el bien de la vida, de acto como realidad distinta de las consecuencias— "salvo para algún fin especial";[46] pero pienso que aquellos a quienes Aristóteles llama paladinamente sabios pronunciarán dictámenes claros sobre la mayoría de los problemas del aborto, dictámenes que no coincidirán con los de Thomson.

IV

He supuesto que el concebido no nacido es, desde su concepción, una persona, y que, por tanto, no se le ha de discriminar desfavorablemente por razón de edad, apariencia u otros factores semejantes, mientras tales factores se consideren razonablemente irrelevantes respecto a los valores humanos básicos en

[45] Se utiliza este supuesto (de manera demasiado irreflexiva) en BRODY, "Thomson on Abortion", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, núm. 3 (primavera, 1972), p. 335.

[46] Véase WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations* (Oxford, 1953), sección 69.

cuestión. Thomson arguye contra esta presunción, pero imperfectamente, en mi opinión. Cree (como Wertheimer,[47] *mutatis mutandis*) que el argumento a favor de tratar a un hijo recién concebido como persona es sencillamente un argumento "resbaladizo" (p. 244), algo parecido a decir (supongo) que hay que calificar a todos los hombres de barbudos porque no existe criterio diferencial seguro entre la barba y un pulcro afeitado. O más exactamente, cree que un recién concebido es semejante a una bellota, ¡la cual, al fin y al cabo, no es un roble! Resulta desalentador verla confiar tan ciegamente y con tal falta de espíritu crítico en este embrollo venerable. Una bellota puede permanecer estable varios años, sin dejar de ser una simple bellota; pero se siembra, y de ella brota un pimpollo de roble, un nuevo y dinámico sistema biológico que no tiene mucho en común con una bellota, salvo que procede de esa semilla y es capaz de producir otras muchas. Supongamos que una bellota formada en septiembre de 1971 fue recolectada el 1 de febrero de 1972 y, almacenada en buenas condiciones durante tres años, se sembró en enero de 1975, brotó el 1 de marzo de 1975 y dentro de 50 años será un roble plenamente desarrollado. Pues bien; cabe preguntar: ¿cuándo empezó a desarrollarse ese roble? ¿Podrá alguien afirmar que en septiembre de 1971, o en febrero de 1972? ¿Buscará alguien la fecha en que el roble fue descubierto por vez primera en el jardín? Seguramente, no; pero si sabemos que brotó de la bellota el 1 de marzo de 1975, ese dato es suficiente (aunque un biólogo pudiera matizar un poco más el concepto de "brotar") para saber cuándo empezó *el roble* a existir. *A fortiori* en el caso de un niño,

[47] "Understanding the Abortion Argument."

que no es la *mera* germinación de una semilla. Dos células, cada una de las cuales posee 23 cromosomas, se unen y, más o menos inmediatamente, se funden convirtiéndose en una nueva célula con 46 cromosomas que ofrecen una estructura genética única (ni la del padre ni la de la madre, sino una mera yuxtaposición de ambas), la cual, a partir de entonces y durante toda la vida del individuo, por larga que sea, determinará sustancialmente una nueva constitución individual.[48] Esta nueva célula es el primer periodo de un sistema dinámico íntegro que no tiene mucho en común con los gametos masculino y femenino, salvo que surgió de un par de tales células y, a su debido tiempo, producirá nuevas series de ellas. Decir que fue entonces cuando empezó la vida de una persona no es retroceder de la madurez, preguntando a cada momento pedantemente: "¿cómo se puede trazar *aquí* la línea divisoria?"; es, más bien, indicar un comienzo perfectamente delimitado al que cada uno de nosotros puede lanzar una mirada retrospectiva para entender entonces, con percepción claramente inteligible, que "en mi principio está mi fin". Judith Thomson cree que empezó a "adquirir caracteres humanos" "hacia la décima semana" (cuando se hicieron visibles sus dedos de las manos y de los pies, etc.). No alcanzo a comprender por qué pasa por alto su característica humana más radical y distintiva: el hecho de haber sido concebida por dos progenitores humanos. Y, en consecuencia, ahí tienen a Henry Fonda. Desde el momento de su concepción, aunque no antes, se pudo decir, observando su constitución genética personal e irrepetible, no sólo que "hacia la décima se-

[48] Véase GRISEZ, *op. cit.*, cap. 1 y pp. 273-287, así como los escritos allí citados.

mana" Henry Fonda tendría dedos, sino también que a los 40 años tendría ya una fresca mano. Parece, pues, que carecería de sentido esperar "10 semanas" hasta que se hicieran visibles sus dedos y demás para declarar que *entonces, y sólo entonces* había adquirido los derechos humanos que Judith Thomson, de manera correcta pero incompleta, reconoce.

VIII

TEORÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

T. SCANLON[1]

> La persecución por la expresión de opiniones me parece perfectamente lógica. Si no dudas de tus premisas o tu autoridad y quieres un cierto resultado con todo el corazón, expresas naturalmente tus deseos en términos jurídicos, proscribiendo toda oposición. Permitir la oposición por medio del lenguaje parece indicar que éste se considera impotente, como cuando un hombre dice que ha conseguido la cuadratura del círculo o tú manifiestas que no te importa de veras el resultado o que dudas de tu autoridad o tus premisas. Pero...
>
> OLIVER WENDELL HOLMES[2]

I

Generalmente se piensa que la doctrina de la libertad de expresión singulariza una clase de "actos protegidos", declarados inmunes a las restricciones a las cuales otros actos están sujetos. En particular, en una versión muy firme de esta doctrina habrá casos en que

* De la obra *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, núm. 2 (invierno, 1972), pp. 204-226. Reeditada con autorización de Princeton University Press.

[1] Este escrito se deriva de otro presentado a la Society for Ethical and Legal Philosophy. Agradezco a los miembros de ese grupo, así como a otros varios auditorios bien dispuestos o reacios, por sus muchos comentarios y críticas útiles.

[2] Discrepancia del famoso juez en la causa *Abrams* vs. *Estados Unidos*, 250 U.S., 616 (1919).

se afirmará que los actos protegidos son inmunes a tales limitaciones, aunque de hecho acarreen daños que normalmente bastan para justificar la imposición de sanciones legales. La existencia de tales casos convierte a la libertad de expresión en una doctrina significativa y la hace parecer, desde un cierto punto de vista, irracional. El juez Holmes, en el pasaje citado, describe a lo vivo esta sensación de irracionalidad.

Responder a esta acusación de irracionalidad es el principal cometido de una defensa filosófica de la libertad de expresión. Tal respuesta requiere, en primer lugar, una relación clara de esa clase de actos (los protegidos) y, además, una explicación de la naturaleza y razones de su carácter privilegiado. La defensa más común de la doctrina de la libertad de expresión es consecuencialista, y puede revestir la forma de argumentar, respecto a una cierta clase de actos (por ejemplo, los actos de lenguaje), que las consecuencias buenas de permitir la realización ilimitada de tales actos compensan las malas. De otro modo, pueden *definirse* los límites de esta clase de actos comparando las buenas consecuencias con las malas; así, en muchos casos, si no en todos, la cuestión de si una cierta especie de actos pertenece al género privilegiado se decide determinando si su inclusión, a fin de cuentas, produce mayor número de consecuencias buenas que de malas. Ésta parece ser la forma de la argumentación en numerosas causas judiciales notables, y al menos algún elemento de balanceo parecen entrañar casi todos los fallos derivados de la Enmienda Primera a la Constitución* que hacen época. Así, una de las cosas

* La Primera Enmienda a la Constitución de 1787, texto fundamental en materia de libertad religiosa y de expresión, fue votada por el Congreso, junto con las nueve siguientes, el 25 de septiembre de 1789, y entró en vigor el 15 de diciembre de 1791. Según esta

que deben hacerse en una explicación filosófica adecuada de la libertad de expresión es aclarar en qué sentido la definición de los "actos protegidos" y la justificación de su carácter privilegiado depende de una comparación de los fines o intereses en juego y hasta qué punto se fundan, en cambio, en derechos o en otros principios absolutos, es decir, no consecuencialistas.[3] En especial, convendría saber en qué medida un defensor de la libertad de expresión debe basar su tesis en el alegato de que las ventajas a largo plazo de la libre expresión compensarán ciertos inconvenientes evidentes y posiblemente graves a corto plazo, y hasta qué punto este cálculo de las ventajas a largo plazo depende de que se conceda gran valor a la ciencia y demás fines intelectuales frente a otros valores.

Otra interrogante a la que debería contestar una explicación suficiente de la libertad de expresión es ésta: ¿hasta qué punto se basa la doctrina en principios de moral natural, y en qué medida es una creación artificial de instituciones políticas concretas? Una explicación de la libertad de expresión demostraría que la doctrina es artificial, en el sentido a que me refiero, si, por ejemplo, identificara los actos protegidos simplemente como una clase de actos reconocidos como formas legítimas de actividad política, amparadas por

enmienda: "El Congreso... tampoco aprobará ley alguna que coarte la libertad de palabra y de prensa, o el derecho del pueblo... a solicitar reparación de cualquier agravio". [N. del T.]

[3] La armonización que entrañan tales decisiones no es siempre, estrictamente hablando, una cuestión de acentuar al máximo las buenas consecuencias, pues entre las materias de esta armonización figuran tanto derechos personales como bienes individuales y sociales. RONALD DWORKIN, en "Taking Rights Seriously", *New York Review of Books* (17 diciembre, 1970), pp. 23-31, presenta vigorosamente los problemas inherentes a la armonización de los derechos efectuada de este modo.

una Constitución determinada, y alegara en pro de su carácter privilegiado una defensa de esa Constitución por ser justa, razonable y vinculante para aquellos a quienes se aplica. Una explicación "artificialista" algo diferente de la libertad de expresión es la que aduce Meiklejohn,[4] quien encuentra fundamento para la condición privilegiada de los actos de expresión del pensamiento en el hecho de que el derecho a realizar tales actos es necesario para que los ciudadanos de un Estado democrático puedan cumplir sus deberes como ciudadanos autónomos. En su opinión, parece que los ciudadanos presuntamente incapaces de "gobernarse por sus propias leyes" carecerían (al menos en parte) del derecho a la libertad de expresión. En contraste con estas dos opiniones, el famoso argumento de Mill depara una defensa de la "libertad de pensamiento y de debate", fundada tan sólo en razones morales generales e independiente de las características de cualesquiera leyes o instituciones concretas. Me parece claro que nuestras intuiciones (o, al menos, las mías) sobre la libertad de expresión entrañan elementos tanto naturales como artificiales. Una explicación suficiente del tema serviría para aclarar si estas dos formas de intuición representan opiniones contrapuestas sobre la libertad de expresión o son compatibles o complementarias.

Aunque por mi parte no voy a considerar una por una estas cuestiones sobre la libertad de expresión, confío en que, al fin de esta disertación, habré presentado una teoría que dé respuesta a todas ellas. Empezaré por soslayar la primera.

[4] ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Political Freedom* (2ª ed., Nueva York, 1965). Véase especialmente p. 79.

II

La única clase de actos que he mencionado hasta ahora es la de los "actos de expresión del pensamiento", en la cual pretendo incluir cualquier acto destinado por el agente a comunicar a una o más personas alguna proposición o actitud. Es una categoría sumamente amplia, que, además de muchos actos discursivos y publicaciones, incluye exhibición de símbolos, abstención de exhibirlos, manifestaciones, muchas actuaciones musicales y algunos lanzamientos de bombas, asesinatos e inmolaciones de la propia vida. Para que un acto pueda clasificarse como acto de expresión basta que vaya unido a alguna proposición o actitud que con él se pretenda comunicar.

Típicamente, los actos de expresión a los que se refiere la teoría de "libertad de palabra" van dirigidos a un vasto auditorio (aunque no el más amplio posible) y expresan proposiciones o actitudes que se consideran susceptibles de un cierto interés general. Esto explica, creo yo, nuestra resistencia a considerar acto de expresión en sentido propio la comunicación entre el ladrón de banco vulgar y el cajero al que se enfrenta; pero esa resistencia disminuye un tanto si la nota que el atracador tiende al cajero contiene, además de la amenaza habitual, una justificación política de su acto y una exhortación a otros para que sigan su ejemplo. Con esta añadidura aumenta la amplitud del auditorio proyectado y la generalidad del interés del mensaje. La importancia de estos caracteres es algo que ciertamente una teoría adecuada de la libertad de expresión debería explicar, pero por ahora resultará más fácil no incluirlos como elementos de la definición de actos de expresión.

Pienso que casi todos estarán de acuerdo en que los actos que una teoría de la libertad de expresión debe amparar han de atenerse todos ellos al sentido que acabo de definir. Sin embargo, como los actos de expresión pueden ser tanto violentos como arbitrariamente destructivos, parece improbable que alguien sostenga que esta clase de actos sea inmune a las limitaciones legales. Así, la categoría de los actos protegidos debe ser un subgrupo de esta clase. A veces se afirma que la subclase pertinente consta de los actos de expresión que son típicos del "uso de la palabra", en contraposición a los de "acción"; pero quienes formulan tal opinión desean, en general, incluir en la categoría de los actos protegidos algunos que no constituyen lenguaje en ninguna de las acepciones normales de este término (por ejemplo, la pantomima y ciertas formas de comunicación impresa) y excluir de ella otros que evidentemente son lenguaje en sentido normal (pronunciar discursos en bibliotecas, gritar "¡fuego!" falsamente en teatros abarrotados, etc.). Así, si los "actos de lenguaje" son la subclase pertinente de los actos de expresión, el vocablo "lenguaje" figura aquí como término humanístico que es menester definir. Para construir una teoría que siguiera estas pautas tradicionales podríamos proceder a establecer un concepto técnico correlativo de la distinción entre lenguaje y acción, que parezca compatible con nuestras clarísimas intuiciones sobre qué actos merecen protección y cuáles no.[5]

Proceder de este modo creo, sin embargo, que es un grave error. Parece claro que las intuiciones que invocamos para decidir si una limitación determinada

[5] THOMAS EMERSON lleva a cabo esta labor en *Toward a General Theory of the First Amendment* (Nueva York, 1966). Véase especialmente, pp. 60-62.

vulnera la libertad de expresión no versan acerca de qué cosas se califican correctamente de lenguaje como opuesto a la acción, ni siquiera según una acepción alambicada de "lenguaje". La impresión de que debemos buscar una definición de esta índole radica, a mi parecer, en el criterio de que, puesto que cualquier doctrina congruente sobre la libertad de expresión debe asignar a ciertos actos un privilegio que no alcanza a todos, tal doctrina ha de establecer su base teórica en alguna diferencia entre los actos protegidos y los demás, es decir, en una definición de la categoría protegida; pero esto último es manifiestamente erróneo. Puede darse el caso, como así creo, de que las bases teóricas de la doctrina sobre la libertad de expresión sean múltiples y diversas y que, mientras el puro efecto de estos elementos tomados en conjunto consista en atribuir a determinados actos una cierta condición privilegiada, no resulte factible una definición teóricamente aceptable (y, por supuesto, tampoco sencilla e intuitiva) de la clase de actos que gozan de este privilegio. Por consiguiente, antes que intentar de buenas a primeras aislar el subgrupo privilegiado de los actos de expresión, propongo considerar esta categoría un todo y buscar la manera de responder a la acusación de irracionalidad argüida contra la doctrina de la libertad de expresión sin referencia a ninguna clase de actos privilegiados.

Como he mencionado al principio, esta acusación parte del hecho de que, según alguna formulación trascendental de la doctrina, hay casos en los que se afirma que los actos de expresión deben quedar libres de toda limitación legal, aunque den lugar a daños indubitados que, en otros casos, bastarían para justificar tal limitación. (La "limitación legal" a la que aquí se hace referencia puede revestir la forma de una im-

posición de sanciones penales, o de un reconocimiento general, por parte de los tribunales, del derecho de las personas afectadas por tales actos a ser indemnizadas mediante acción civil de resarcimiento.) Ahora bien: no suele ser justificación bastante de una limitación legal sobre una clase determinada de actos la manifestación de que se evitarían ciertos daños si esa limitación se pusiera en vigor. Puede ocurrir que los perjuicios resultantes de imponerla contrarresten los beneficios que se trate de conseguir, o que la puesta en vigor de la limitación vulnere un derecho directamente (p. ej., el derecho de ejercitar sin trabas precisamente los actos a que se aplica aquélla) o indirectamente (p. ej., un derecho que, en las circunstancias reinantes, sólo puede ser ejercitado por muchos mediante actos sujetos a dicha limitación). Otra posibilidad es la de que, aunque sean evitables ciertos daños imponiendo limitaciones legales sobre una clase de actos, las personas sujetas a tales limitaciones no resulten responsables de dichos daños y no exista oportunidad, por tanto, de ponerles trabas a fin de evitarlos.

La mayoría de las defensas de la libertad de expresión se han basado en argumentos de las dos primeras de estas tres formas. En ellos, ciertos factores —que, tomados por separado, habrían bastado para justificar limitaciones sobre una clase dada de actos— se ven suplantados por otras consideraciones. Como se pondrá de manifiesto después, creo que la invocación de derechos y del balance de los fines en juego son elementos esenciales de una teoría completa sobre la libertad de expresión. Pero deseo empezar por considerar argumentos que, como las renuncias de responsabilidad, tienen la utilidad de mostrar que las que a primera vista parecen razones para limitar una clase de actos no pueden admitirse como tales.

La razón primordial de que yo empiece de este modo es la siguiente: es más fácil exponer lo que las clásicas violaciones de la libertad de expresión tienen en común, que definir la clase de actos que esta doctrina ampara. Lo que distingue estas violaciones de la regulación inofensiva del derecho de expresión no es el carácter de los actos que aquéllas obstaculizan, sino más bien que se espera conseguir (p. ej., que cese la difusión de ideas heréticas). Esto denota que un elemento importante de nuestras intuiciones acerca de la libertad de expresión no versa sobre la ilegitimidad de ciertas limitaciones, sino sobre la ilegitimidad de determinadas justificaciones de éstas. La intuición, expresada en forma harto tosca, parece decir lo siguiente: son ilegítimas las justificaciones que invocan el hecho de que sería desastroso que la opinión comunicada por ciertos actos de expresión llegara a ser creída por la generalidad del público; son ilegítimas, aunque puedan superarse a veces, las justificaciones que invocan aspectos de los actos de expresión (tiempo, lugar, intensidad vocal) distintos de las opiniones que con éstos se comunican.

Como principio de libertad de expresión, esto es evidentemente insatisfactorio tal como está indicado. Por un lado, se funda en una noción más bien confusa de "la opinión comunicada" con un acto de expresión; por otro, parece demasiado restrictivo, ya que, por ejemplo, aparenta descalificar cualquier justificación de las leyes antidifamatorias. A fin de perfeccionar esta burda formulación, quiero considerar de qué diversos modos los actos de expresión son capaces de acarrear daños, deteniéndome en los casos en que estos daños pueden figurar claramente como razones para limitar los actos que los ocasionaron. Trataré, pues, de formular el principio de una manera que se

acomode a tales casos. Debo recalcar, en primer término, que no afirmo en ninguno de éstos que los daños en cuestión sean en todo momento razón suficiente que justifique las limitaciones de la libertad de expresión, sino sólo que pueden siempre tenerse en cuenta.

1. Como otros actos, los de expresión es posible que acarreen daños o perjuicios como consecuencia física directa. Esto se manifiesta con evidencia en las extravagantes formas de expresión antes mencionadas, pero se hace no menos evidente en otras formas más prosaicas: el sonido de mi voz puede quebrar un cristal, despertar al que duerme, desencadenar una avalancha, o impedir que usted preste atención a algo distinto que prefiere oír. Parece claro que, cuando los daños producidos de este modo son pretendidos por la persona que realiza un acto de expresión, o cuando ésta actúa con descuido o negligencia en relación con el incidente, no supone una transgresión de la libertad de expresión considerar esos daños razones eventuales de sanción penal o acción civil.

2. Un aspecto típico de los daños recién enunciados es que su producción, en general, resulta completamente independiente de la opinión que se pretende comunicar con un acto de expresión determinado. Esto no suele verificarse en una segunda clase de daños, un ejemplo de los cuales lo proporciona la noción de asalto del *common law*. Según al menos una de las acepciones aceptadas del término, se comete asalto (distinto de la agresión) cuando una persona expone deliberadamente a otra al riesgo de daño corporal inminente. Como el asalto, en este sentido, entraña un elemento de comunicación eficaz, los supuestos de asalto comportan entonces un acto de

expresión; pero los asaltos y los actos conexos pueden también formar parte de actos de expresión más amplios, como sucede, por ejemplo, cuando un grupo vanguardista de calle realiza una escenificación de un robo a un banco que empieza pareciendo un atraco auténtico, o cuando se utiliza un amago de bomba para llamar la atención sobre una causa política. A veces se califica el asalto de tentativa de agresión, pero puede también considerarse un delito consumado consistente en causar una clase específica de daño. De acuerdo con este análisis, el asalto es una especie de delito perteneciente a un género delictivo que consiste en causar a otros algún daño, alguna emoción desagradable (miedo, conmoción) o ciertas clases de agravio. Cabe abrigar dudas sobre si la mayor parte de estos daños son lo bastante graves como para ser reconocidos por la ley o si hay posibilidad de establecer principios probatorios para que aquéllos sean enjuiciados por los tribunales. De momento, sin embargo, no parece existir más solución que incluirlos entre las posibles justificaciones de las limitaciones del derecho de expresión.

3. Un acto de expresión puede causar también daño a una persona haciendo que otros se formen de ella una opinión adversa o poniéndola en ridículo públicamente. Ejemplos evidentes de esto son la difamación o el impedimento del ejercicio del derecho a un juicio justo.

4. Como el juez Holmes afirmó, "la protección más estricta de la libertad de expresión verbal no debe amparar al hombre que, gritando falsamente '¡fuego!' en un teatro, sembrara el pánico".[6]

[6] En la causa *Schenck* vs. *Estados Unidos*, 249 U.S. 47 (1919).

5. Una persona, mediante un acto de expresión, puede contribuir a la perpetración de un acto dañoso por parte de otra, y, al menos en algunos casos, las consecuencias nocivas de este último cabe que justifiquen la incriminación del primero. Muchas personas piensan que esto es lo que procede cuando el acto de expresión es la consecuencia de una orden, o constituye una amenaza, o es una señal convenida u otro signo de comunicación entre cómplices.

6. Supongamos que un inventor misantrópico descubriese un método sencillo por el que cualquiera pudiese fabricar gas neurotóxico en la cocina de su casa con gasolina, sal de mesa y orina. Me parece evidente que se le podría prohibir por ley que divulgara su receta en octavillas o la presentara en televisión, e igualmente que distribuyera muestras gratuitas de su producto en botes de aerosol o lo pusiera a la venta en una importante droguería. En todo caso, su acto ocasionaría una disminución extrema del grado de seguridad personal, al aumentar radicalmente la posibilidad de la mayoría de los ciudadanos de infligirse daños unos a otros. Me parece indistinto que en un caso se consiguiera esto mediante un acto de expresión y en otro por medio de otra forma de actuación.

Podría suceder, sin embargo, que una disminución comparable del grado general de seguridad personal fuese un efecto imputable con igual certeza a la distribución de una pieza especialmente eficaz de propaganda política, capaz de menoscabar la autoridad del gobierno, que a la publicación de un opúsculo teológico que pudiera provocar un cisma o una cruenta guerra civil. En estos casos, el asunto me parece completamente distinto, y está claro que la consecuencia nociva no justifica la limitación de los actos de expresión.

La conclusión que saco de todo ello es que la distinción entre la expresión del pensamiento y otras formas de actuación es menos importante que la distinción entre la expresión que incita a otros a actuar, al poner de manifiesto las que se consideran buenas razones para la acción, y la expresión que da origen a la actuación de otros por diferentes métodos; por ejemplo, proporcionándoles los medios para hacer lo que pretendían. Esta conclusión está respaldada, según creo, por nuestras opiniones normales acerca de la responsabilidad legal.

Si yo le dijera a usted, un adulto en plena posesión de sus facultades, que lo que debe hacer es atracar un banco, y seguidamente obrara usted a tenor de mi consejo, no existiría posibilidad de responsabilizarme de su acto, ni podría calificarse mi actuación legítimamente de delito independiente. Y esto sería cierto aun en el caso de que yo completase mi consejo con una serie de argumentos sobre las razones por las que hay que atracar los bancos, o un banco determinado, o por las que usted en particular tiene derecho a atracarlo; pero resultaría falso —es decir, lo que hice podría incriminarse legítimamente— si se cumplieran ciertas circunstancias: por ejemplo, que usted fuese un niño, o una persona legalmente incapaz por razón de deficiencia mental, y yo lo supiera o debiera haberlo sabido; o que usted estuviese subordinado a mí en alguna organización y lo que le dije no significara un consejo sino una orden, respaldada por la disciplina del grupo; o que yo cooperase posteriormente en su actuación, ayudándole en los preparativos o facilitándole medios instrumentales o información decisiva acerca del banco.

La explicación de esta diferencia me parece la siguiente: la persona que obra en virtud de razones que

le sugiere el acto de expresión de otra, actúa basándose en lo que ha llegado a creer y ha juzgado que es un fundamento suficiente para su actuación. La contribución del acto de expresión a la génesis de su actuación puede decirse que es sustituida por el propio criterio del agente. Esto no se cumple si la colaboración se debe a un cómplice, o a una persona que a sabiendas facilita al agente utensilios (la llave del banco) o información técnica (la combinación de la caja fuerte) que aquél utilizará para conseguir su propósito. Ni tampoco podría predicarse de mi contribución si, en vez de dar a usted razones para creer que el atraco a un banco es una buena acción le dictara órdenes o mandatos apoyados por amenazas, alterando así sus condicionamientos de tal modo que lo que le hubiera exigido hacer le *resultara* (en comparación) una cosa buena.

Determinar con exactitud cuándo nace una responsabilidad jurídica en estos casos, es un problema arduo y no voy a ofrecer ninguna tesis positiva acerca de lo que constituye participación, incitación, conspiración, etc. Me interesa únicamente sostener la tesis negativa de que, sea cual fuere lo que estos delitos implican, debe tratarse de algo más que una mera comunicación de razones suasorias para el acto (o, en su caso, más que la existencia de algunas circunstancias especiales, tales como la capacidad disminuida de la persona persuadida).

Paso seguidamente a exponer el principio de libertad de expresión que prometí al comienzo de esta sección. Dicho principio, que me parece una extensión natural de la tesis que Stuart Mill defiende en el capítulo II de *La libertad* —y que llamaré, por tanto, el principio de Mill—, es éste:

> Hay ciertos daños que, aunque no sobrevengan sino por efecto de determinados actos de expresión, no pueden, sin embargo, tomarse como parte de una justificación de la limitación legal de esos actos. Tales daños son: *a)* daños a ciertos individuos, consistentes en que éstos adquieren falsas creencias a consecuencia de dichos actos de expresión; *b)* consecuencias nocivas de hechos realizados como resultado de esos actos de expresión, cuando la relación entre los actos de expresión y los nocivos consiguientes consiste simplemente en que el acto de expresión indujo a los agentes a creer (o acentuó su tendencia a creer) que esos actos merecían realizarse.

Espero haber puesto en evidencia que este principio es compatible con los ejemplos de razones admisibles para limitar la libertad de expresión, presentados en los apartados 1 a 6 precedentes. (Un caso en el cual esto no resulta tan palmario, el del hombre que grita "fuego" falsamente, será debatido más plenamente después.) Con esta disertación, que se remite en parte a intuiciones sobre responsabilidad legal, se ha pretendido hacer plausible la distinción en que se apoya la segunda parte del principio de Mill y, en general, indicar cómo dicho principio podría conciliarse con los supuestos de los tipos incluidos en los apartados 5 y 6; pero el principio mismo va más allá de las cuestiones de responsabilidad. Para que una clase de daños sirva de justificación a la limitación del acto de una persona, no es necesario que dicha persona cumpla las condiciones requeridas a fin de que sea posible declararla legalmente responsable de alguno de los actos aislados que producen de hecho esos daños. En el caso del gas neurotóxico, por ejemplo, para afirmar que cabe impedir la distribución de la receta no es preciso alegar que quien la reparte puede ser

declarado legalmente responsable (siquiera como mero copartícipe) de alguno de los asesinatos que se desea perpetrar por medio del gas. En consecuencia, para explicar por qué este caso difiere de la sedición no bastaría el alegato de que facilitar medios entraña responsabilidad, y no así el hecho de aducir razones.

Quisiera creer que la común observancia del principio de Mill por parte de los gobiernos produciría a la larga más consecuencias buenas que malas; pero mi defensa de dicho principio no se apoya en esta perspectiva optimista. En la sección siguiente, argumentaré que el principio de Mill, en cuanto principio general de cómo pueden justificarse ciertas limitaciones administrativas de la libertad de los ciudadanos, es una consecuencia de la opinión, recibida de Kant y otros, según la cual gobierno legítimo es aquel cuya autoridad reconocen los ciudadanos sin que por ello dejen de considerarse súbditos iguales, autónomos y racionales. Por consiguiente, aunque no es un principio sobre responsabilidad legal, el de Mill tiene su origen en cierta concepción de la acción humana de la cual derivan también muchas de nuestras ideas acerca de la responsabilidad.

Considerado en sí mismo, el principio de Mill evidentemente no constituye una teoría adecuada de la libertad de expresión. Mucho más queda por decir a propósito de cuándo las clases de consecuencias nocivas que el principio nos autoriza a considerar pueden estimarse suficientemente justificativas de las limitaciones de la libertad de expresión. Con todo, me parece oportuno llamar al de Mill principio básico de la libertad de expresión. Y esto, en primer lugar, porque la defensa de dicho principio debe facilitarnos una réplica a la acusación de irracionalidad, al explicar por qué algunas de las consecuencias más palmarias

de los actos de expresión no pueden alegarse como justificación de las limitaciones legales de éstos; y en segundo lugar, porque el de Mill es el único principio plausible de libertad de expresión que juzgo susceptible de aplicarse a la manifestación del pensamiento en general y que no se remite a derechos especiales (p. ej., políticos) o al valor que debe asignarse a tal concepto en algunas esferas particulares (p. ej., las de expresión artística o exposición de ideas científicas); especifica así lo que de especial hay en los actos de expresión, en contraste con otros actos, y en este sentido constituye el residuo útil de la distinción entre lenguaje y acción.

En la sección IV tendré algo que añadir respecto al modo de completar el principio de Mill para obtener una explicación completa de la libertad de expresión; pero antes quiero examinar más detalladamente de qué forma puede justificarse el principio en cuestión.

III

Como he mencionado ya, defenderé el principio de Mill demostrando que es consecuencia de la opinión según la cual los poderes del Estado se limitan a los que los ciudadanos podrían reconocer sin dejar de considerarse súbditos iguales, autónomos y racionales. Dado que el sentido de autonomía a que voy a referirme es extremadamente débil, esto me parece que constituye una defensa contundente del principio de Mill como restricción excepcional de la autoridad de la Administración. En la sección V analizaré brevemente, sin embargo, si hay situaciones en las que dicho principio deba suspenderse.

Para que se considere autónoma en el sentido que tengo en cuenta, una persona ha de conceptuarse soberana en sus decisiones sobre lo que debe creer y en la valoración de las razones que concurren en pro de su actuación. Ha de aplicar a estas tareas sus propios criterios de racionalidad, y reconocer la necesidad de defender sus creencias y decisiones de acuerdo con esos criterios. No quiere esto decir, naturalmente, que deba ser perfectamente racional, ni siquiera según su propia norma de racionalidad, ni que esa norma suya de racionalidad haya de ser exactamente igual que la nuestra. Naturalmente, el contenido de esta noción de autonomía variará con arreglo al alcance de mudanza que queramos conceder a los criterios de decisión racional. Si hay algo que figure precisamente como tal criterio, los requisitos que he mencionado quedan reducidos a meras tautologías: un hombre autónomo cree lo que cree y decide lo que decide hacer. Estoy seguro de que no puedo expresar una serie de límites que sean admisibles como criterios de racionalidad y que garanticen un consenso unánime; y no voy a intentarlo, pues tengo la certeza de que el ámbito de acuerdo acerca de esta cuestión se extiende mucho más allá de cualquier aspecto que sea pertinente para las aplicaciones de la noción de autonomía que me propongo efectuar. Lo que realmente importa para mi propósito actual es lo siguiente: una persona autónoma no puede aceptar, sin deliberación por su parte, el dictamen de otros en cuanto a lo que debe creer o hacer. Puede confiar en el dictamen de otros, pero al hacerlo ha de estar dispuesto a presentar las razones que le inducen a pensar que el criterio de aquéllos probablemente es correcto, y a comparar el valor probatorio de su opinión con las pruebas contrarias.

Los requisitos de la autonomía, tal como los he descrito hasta ahora, son extremadamente débiles; mucho más que los requisitos que Kant deduce de la noción, esencialmente igual,[7] de que el ser autónomo (en mi sentido; como también el ser libre, en el de Hobbes) es absolutamente compatible con el sometimiento a coacción en relación con las propias acciones. El coaccionador se limita a alterar las consideraciones que abonan o desaprueban un cierto proceder; ponderar estas consideraciones contradictorias es algo que incumbe, sin embargo, al ciudadano.

Un hombre autónomo puede creer, si cree a su vez en los argumentos pertinentes, que el Estado tiene un derecho característico a darle órdenes. Es decir, puede creer que, dentro de ciertos límites quizá, el hecho de que el derecho disponga un cierto acto le depara una razón poderosa para ejecutar éste, razón completamente independiente de las consecuencias que puedan derivarse, para él o para otros, de la realización o abstención de dicho acto. La mayor o menor fuerza de esta razón —que, en su caso, será la decisiva— dependerá de la opinión que ese hombre tenga acerca de los argumentos en pro del acatamiento de las leyes. Para que una persona conserve su autonomía es imprescindible que, en cualquier caso, no sea su mero reconocimiento de que cierto acto le viene impuesto por el derecho el que resuelva la duda de si debe realizarlo. Esta cuestión sólo puede zanjarla su propia decisión,

[7] La noción de autonomía de Kant rebasa los límites de la que yo utilizo, en tanto que Kant establece requisitos especiales en relación con las razones por las que un ser autónomo puede obrar. (Véanse las secciones segunda y tercera de *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.) Aunque su noción de la autonomía es más firme que la mía, Kant no infiere de ella las mismas limitaciones a la autoridad estatal. (Véase *Elementos metafísicos de la Justicia*, secciones 46-49.)

para la que tendrá en cuenta su valoración actual de la justificación general de la obediencia y de las excepciones que caben en ella, la consideración de sus otros deberes y obligaciones y su previsión de las consecuencias de su acatamiento o incumplimiento en el caso en cuestión.[8]

Así, aunque evidentemente el reconocimiento de una obligación especial de obedecer los mandatos del Estado no es incompatible con la condición de autonomía, existen unos límites respecto a la *clase* de obligaciones que a los ciudadanos autónomos les es dado reconocer. En particular, no pueden considerarse sometidos a la "obligación" de creer que los preceptos estatales son correctos, ni conceder al Estado el derecho de exigir acatamiento a sus preceptos sin deliberación previa. El principio de Mill puede reputarse una versión refinada de estas limitaciones.

La aparente irracionalidad de la doctrina de la libertad de expresión se deriva de su supuesto conflicto con el principio de que es prerrogativa del Estado —y ciertamente una parte de su deber para con los ciudadanos— decidir cuándo la amenaza de ciertos daños es lo bastante grande como para justificar la acción legal y cuándo lo es tanto como para dictar leyes que contrarresten esa amenaza. (Así, la famosa referencia de Holmes a los "males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir".)[9] Por descontado

[8] No tengo la seguridad de si en este punto estoy conforme con ROBERT PAUL WOLFF o discrepo de él (*In Defense of Anarchism*, Nueva York, 1970). De todos modos, yo no llamaría anarquismo a lo que sostengo. La limitación a la autoridad estatal en la que pienso es la descrita por JOHN RAWLS en los párrafos finales de "The Justification of Civil Disobedience", en *Civil Disobedience: Theory and Practice*, ed. de HUGO BEDAU (Nueva York, 1969). [Publicado en este mismo volumen, p. 201.]

[9] En la causa *Schenck* vs. *Estados Unidos*.

que este principio no es aceptable en la forma rudimentaria en que lo acabo de expresar; nadie piensa que el Congreso pueda hacer *cualquier cosa* indispensable a su juicio para salvarnos de "males sustantivos". El principio de Mill especifica dos modos de limitar esta prerrogativa, necesarios para que el Estado resulte aceptable a sus súbditos autónomos. El argumento a favor de la primera parte del principio es el siguiente:

El daño de llegar a abrigar falsas creencias no es un daño contra el cual un hombre autónomo pueda dejar que el Estado le proteja mediante limitaciones de la libertad de expresión. Para que una ley dispensara tal protección habría de tener vigencia efectiva y disuadir a los posibles embaucadores mientras las personas que pudieran sufrir engaño fueran susceptibles de ser persuadidas por aquéllos. A fin de quedar amparado por tal ley, un individuo tiene que conceder al Estado el derecho a decidir si ciertas opiniones son falsas y, una vez formulada esa decisión, a impedirle escucharlas, con lo que dicha persona quedaría amparada aunque deseara oír tales opiniones. El conflicto entre hacer esto y conservar su autonomía sería directo si una persona que autorizara al Estado a protegerla de este modo se obligara necesariamente a aceptar el dictamen del Estado sobre qué opiniones fueran falsas. El asunto no es tan sencillo, sin embargo, pues es concebible que una persona pueda autorizar al Estado a actuar en su favor de este modo y se reserve, no obstante, la prerrogativa de decidir, a tenor de los argumentos y pruebas que se dejen a su alcance, dónde se encuentra la verdad; pero tal persona "decidiría por sí misma" sólo en sentido impropio, puesto que, siempre que el Estado ejercitara su prerrogativa, tendría que decidir a base de las pruebas seleccionadas

previamente para incluir sólo las que abonaran una conclusión determinada. Aun cuando no estuviera obligado a dar por correcto el dictamen del Estado y aceptarlo como tal, habría concedido a éste el derecho a privarle de razones para formar un juicio independiente.

El argumento a favor de la segunda parte del principio de Mill es paralelo a este último. La opinión contra la que debe argüirse es que el Estado, una vez ha declarado ilegal cierta conducta, puede, en caso de necesidad, proceder a prevenirla proscribiendo su protección. El conflicto entre esta tesis y la autonomía de los ciudadanos es, lo mismo que en el caso precedente, más bien indirecto. Conceder al Estado derecho a utilizar este medio a fin de asegurar el acatamiento de sus leyes no significa otorgárselo para exigir a los ciudadanos que crean que lo que el derecho prohíbe no debe realizarse. No obstante, ésta es una concesión que los ciudadanos autónomos no deberían hacer, porque da al Estado derecho a privar a los ciudadanos de razones para formarse un criterio independiente sobre el deber de acatar la ley.

Estos dos argumentos dependen de la tesis según la cual, para defender cierta creencia como razonable, una persona ha de estar dispuesta a defender las razones de su creencia, demostrando con ello que no ha sido falseada ni es sospechosa por otro motivo. Hay un notorio paralelismo entre esta tesis y el famoso argumento de Mill según el cual tenemos que dar cuenta de todos los argumentos disponibles si nos interesa que la verdad prevalezca;[10] pero el presente argumento no depende, como parece hacerlo el de Mill, de la afirmación empírica de que la verdad tiene de hecho

[10] En el cap. II de *On Liberty*.

más probabilidades de triunfar si se permite una discusión libre al respecto; ni depende tampoco de la afirmación acaso más plausible de que, dada la naturaleza del pueblo y de los poderes públicos, conceder a éstos la potestad en cuestión sería una estrategia extraordinariamente ineficaz para crear una situación en la que resplandezcan las opiniones verdaderas.

Es perfectamente concebible que un individuo, reconociendo en sí mismo una fatal debilidad por ciertas clases de falsos argumentos, llegue a la conclusión de que le sería más provechoso confiar enteramente al criterio de sus amigos la solución de determinados problemas cruciales. Ateniéndose a esta conclusión, podría establecer un convenio, sujeto a revisión periódica por su parte, en cuya virtud les autorizara a ocultarle cualquier fuente de información que pudiera desviarle de su dictamen sobre las materias en cuestión. Evidentemente, tal convenio no es irracional, y si se acuerda voluntariamente, por tiempo limitado y a base del conocimiento que tiene el individuo de sí mismo y de aquellos en quienes se propone confiar, no parece tampoco incompatible con su autonomía. Esto mismo valdría, si los fideicomisarios propuestos fueran de hecho las autoridades del Estado. La cuestión que hemos abordado es, empero, muy diferente: ¿puede un individuo autónomo considerar que el Estado tiene, no a tenor de un convenio voluntario especial concertado con él, sino en virtud de sus potestades normales como Estado, la de poner en vigor tal disposición sin su consentimiento, siempre que (la autoridad legislativa) lo estime aconsejable? Me parece claro que la respuesta a esta cuestión debe ser negativa.

Alguien podrá poner objeciones a esta respuesta, por las razones que expongo seguidamente. He admi-

tido la posibilidad de que un hombre autónomo acepte el argumento genérico de que la orden del Estado de hacer cierta cosa es de suyo una razón por la que eso debe llevarse a cabo. ¿No podría aceptar también un argumento similar en el sentido de que el Estado, *en cuanto* tal, está en la mejor situación para decidir cuándo es preferible desestimar un dictamen?

He argumentado ya que el paralelismo apuntado entre el derecho del Estado a ordenar un acto y su derecho a limitar la libertad de expresión no es pertinente; pero esta objeción plantea otro problema: lo que salva a disposiciones temporales y voluntarias, de la clase antes considerada, de ser auténticas violaciones de la autonomía de la voluntad es el hecho de que pueden basarse en una estimación inmediata de la relativa fiabilidad del dictamen del fideicomisario y del "sujeto pasivo". Así, la persona cuya información queda limitada por tal disposición tiene lo que juzga buenas razones para pensar que las pruebas que efectivamente recibe constituyen una base sólida para el dictamen. Un principio que ofreciera una base correspondiente para confiar en el Estado *en cuanto tal* tendría que ser extremadamente general, aplicable a todos los estados de cierta clase, abstracción hecha de qué personas ocuparan en ellos posiciones de autoridad, y a todos los ciudadanos de tales estados. Ese principio habría de ser tal que admitiera una diversidad de casos individuales y basara su tesis en lo que diera mejor resultado "a la larga". Aunque fuera válida alguna generalización de esta clase, me parece completamente inaceptable suponer razonable confiar en tal principio general cuando el conocimiento detallado de los individuos implicados en un caso particular sugiriese una conclusión contraria.

Una tesis más limitada de otorgar a los estados la potestad en cuestión no estaría basada en virtudes concretas de los poderes públicos, sino en el hecho reconocido de que, en ciertas circunstancias, los individuos son completamente incapaces de obrar racionalmente. Algo parecido a esto sería aplicable al caso del hombre que falsamente grita "fuego" en un teatro. La limitación de la libertad de expresión en este caso estaría justificada por el hecho de que tales actos inducirían a otros a (les darían razones para) perpetrar actos nocivos. Lo que abona esta limitación es en parte la idea de que las personas que en el teatro reaccionan ante tales exclamaciones se encuentran en condiciones que disminuyen su capacidad de reflexión racional. Este caso nos sorprende, no obstante, por su trivialidad, que se debe en primer lugar al hecho de que sólo en un sentido muy rebuscado cabe entender que la persona a la que se impide oír el falso grito en tales circunstancias se vea impedida de decidir sobre alguna cuestión. En segundo lugar, la capacidad disminuida atribuida a los asistentes al teatro es sumamente breve y se aplica igualmente a todos los que se encuentran en las circunstancias pertinentes. En tercer lugar, el daño que se trata de prevenir por la restricción no es objeto de duda o controversia de ningún género, ni siquiera por parte de quienes son "engañados" de modo pasajero. En vista de todos estos hechos, tal limitación sería aprobada unánimemente, si se preguntara sobre el particular.[11]

Esto no es válido, sin embargo, para la mayor parte de las restantes excepciones al principio de Mill que

[11] Este criterio es elaborado, para la justificación del paternalismo, por GERALD DWORKIN en su ensayo "Paternalism", incluido en la obra *Morality and the Law*, edición de RICHARD WASSERSTROM (Belmont, California, 1971).

pudieran justificarse invocando "racionalidad disminuida". Es dudoso, por ejemplo, cuál de las tres condiciones que he mencionado sería aplicable a un caso en el que hubiera de suspenderse el debate político durante un periodo de disturbios y de inminente revolución. No sé cómo los casos importantes de esta índole serían compatibles con la autonomía de la voluntad.

Los que he dado pueden parecer argumentos consabidos contra el paternalismo, pero el problema que implican no es sólo ése. En primer lugar, una limitación de la expresión, justificada por razones contrarias al principio de Mill, no es necesariamente paternalista, puesto que quienes se ven protegidos por tal limitación pueden ser distintos de las personas cuya libertad se limita (el orador y su auditorio). Cuando tal limitación es paternalista, en cambio, representa una forma especialmente intensa de paternalismo, y los argumentos que he dado son contrarios únicamente al paternalismo de esta forma intensa. Esa limitación es completamente compatible con la autonomía de la persona en cuestión, en el sentido restringido por mí empleado, porque la ley que limita su libertad de acción es "por su bien", por ejemplo, cuando le exige que lleve casco mientras conduce una motocicleta. El conflicto se suscita sólo en la circunstancia de que se promueva el cumplimiento de esta ley prohibiendo, luego, pongamos por caso, expresar la opinión de que el uso de casco no merece la pena o únicamente es apropiado para afeminados.

Importa mucho darse cuenta de que el argumento a favor del principio de Mill se apoya en una limitación de la potestad del Estado de dar órdenes a sus súbditos, más que en un derecho del individuo. Por un lado, eso explica por qué en particular este principio de la libertad de expresión se aplica a la administración

más que a la persona, quien, ante todo, carece de tal potestad. Seguramente, hay casos en los que el individuo tiene derecho a no ver obstaculizados sus actos de expresión por otros individuos, pero este derecho se deriva presuntamente de un derecho general a no sufrir obstrucciones arbitrarias, así como de consideraciones que hacen de ciertas clases de expresión formas de actividad especialmente importantes.

Si se considera que el argumento a favor del principio de Mill se basa en un derecho ("el derecho del ciudadano a decidir personalmente"), cabe pensar que el argumento procedente sea éste: las personas que se consideran autónomas se atribuyen el derecho a decidir personalmente y, por ende, el derecho a disponer de todo lo necesario para ejercitar aquél; el error que entrañan las violaciones del principio de Mill es el de infringir ese derecho.

Un derecho de tal clase respaldaría ciertamente una sana doctrina de la libertad de expresión, pero no es una condición *sine qua non* para ésta. El argumento antes expuesto era mucho más limitado. Con él se pretendía demostrar que la potestad de la Administración de limitar la libertad del ciudadano a fin de evitar ciertos daños no incluye la de prevenirlos controlando las fuentes de información del pueblo para asegurar que conserve ciertas creencias. Hay mucho trecho entre esta conclusión y un derecho cuya violación se produzca cada vez que se prive a alguien de la información que necesita para tomar una decisión documentada sobre alguna materia que le interese.

Evidentemente, se dan casos en que el individuo tiene derecho a la información necesaria para tomar decisiones documentadas y puede reclamar este derecho frente a la administración pública. Esto es cierto, tratándose de decisiones políticas, cuando ese de-

recho se deriva, por ejemplo, de una determinada concepción sobre la relación entre un gobierno democrático y los ciudadanos. Y aun cuando no exista tal derecho, el aporte de información y de otras condiciones para el ejercicio de la autonomía es una tarea importante que el Estado debe desempeñar. Pero estas materias nos llevan más allá de los límites del principio de Mill.

IV

Claro está que dicho principio no sirve para explicar todos los casos que nos parecen infracciones de la libertad de expresión. Si nos basáramos tan sólo en él, no podríamos poner objeciones a un gobierno que prohibiera los desfiles y las manifestaciones (porque obstaculizan el tráfico), proscribiera carteles y octavillas (por el desbarajuste que implican), prohibiera mítines de más de 10 personas (susceptibles de irregularidad) y limitara la publicación de periódicos a una página por semana (para economizar árboles). Sin embargo, tales directrices políticas nos parecerían seguramente intolerables. Esa impresión refleja nuestro convencimiento de que la libertad de expresión es un bien que debe tener primacía sobre el mantenimiento de una paz absoluta, unas calles tranquilas y limpias, un tráfico fluido y unos impuestos mínimos.

Así pues, una parte de nuestra opinión intuitiva sobre la libertad de expresión se apoya en la comparación de los intereses en juego. En contraste con el principio de Mill, que ofrece una misma defensa para todas las clases de expresión, no parece que importe aquí el valor asignado a la expresión en general, en cuanto opuesta a otros bienes; el argumento debe ser

diferente según se trate de la expresión artística, la discusión de problemas científicos e incluso la manifestación de opiniones políticas.

Dentro de ciertos límites, parece cierto que el valor que haya de asignarse al mantenimiento de varias formas de expresión del pensamiento debe someterse al fallo de la voluntad popular de la sociedad en cuestión. Los límites que se me ocurren aquí son, en primer lugar, los que vienen impuestos por consideraciones de justicia distributiva. El acceso a los medios de expresión, para los fines que quepa tener en cuenta, es un bien que puede estar justa o injustamente distribuido entre los miembros de una colectividad, y muchos casos, que nos ofenden como violaciones de la libertad de expresión, son de hecho ejemplos de injusticia distributiva. Esto es válido para el caso de que, en una sociedad donde reinara la desigualdad económica, el acceso a los principales medios de expresión estuviera controlado por la Administración y fuese adjudicado al mejor postor, como ocurre fundamentalmente hoy día con las concesiones de radiodifusión en los Estados Unidos. Lo mismo podría decirse de una ordenanza de desfiles que autorizara al municipio a prohibir los de grupos impopulares porque resultaran demasiado costosos a la policía.

Pero al llamar estos casos ejemplos de distribución injusta se revela sólo una parte de la verdad. El acceso a los medios de expresión es en muchas ocasiones una condición necesaria para la participación en el sistema político del país y, por lo mismo, algo a lo que el ciudadano tiene un derecho independiente. Cuando menos, el reconocimiento de tal derecho requiere que los gobiernos aseguren la puesta a disposición de los individuos y grupos pequeños de los medios de expansión por los que éstos puedan dar a conocer sus opi-

niones en materia política, y garanticen que los principales vehículos de expresión de la sociedad no caigan bajo el dominio de un sector particular de la colectividad. Pero la determinación exacta de qué derechos de acceso a los medios de expresión emanan, de esta manera, de los derechos políticos dependerá, hasta cierto punto, de las instituciones políticas en cuestión. La participación política puede presentar formas diferentes en las diversas instituciones, aun en aquellas que sean igualmente justas.

La teoría de la libertad de expresión que ofrezco consta, pues, por lo menos, de cuatro elementos susceptibles de diferenciación. Se basa en el principio de Mill, que es absoluto pero sólo sirve para descalificar ciertas justificaciones de las limitaciones legales de los actos de expresión. Dentro de los límites que marca este principio, toda la serie de planes gubernativos que afectan a las oportunidades de expresión, sea por limitación, intervención positiva o abstención de intervenir, está sujeta a justificación y crítica de acuerdo con un número de razones diversas. En primer lugar, en razón de si reflejan una estimación apropiada del valor de determinadas clases de expresión relativas a otros bienes sociales; en segundo lugar, estableciendo si garantizan la distribución equitativa del acceso a los medios de expresión en el ámbito social; y en tercer lugar, averiguando si son compatibles con el reconocimiento de algunos derechos especiales, en particular de carácter político.

Esta teoría compleja es un tanto difícil de manejar, pero sus distintas partes me parecen mutuamente irreductibles y fundamentales para explicar toda la gama de casos que, intuitivamente, parecen violaciones a la "libertad de palabra".

V

El hecho de que el principio de Mill no dé cabida a ciertas clases de excepciones parecerá a muchos el rasgo más inaceptable de la teoría que acabo de exponer. Además de la posibilidad antes mencionada de que se admitan excepciones en casos de racionalidad disminuida, parece que en tiempo de guerra o en presencia de otras situaciones graves hay razones evidentes que justifican desviaciones de ese principio.

Conviene advertir que, puesto que el principio de Mill es mucho más estricto que, por ejemplo, una vaga protección de la palabra, la teoría que he ofrecido puede ya dar cabida a algunas de las limitaciones de la libertad de expresión que se estimen justificadas en tiempo de guerra. El principio de Mill admite en concreto una, incluso en épocas de normalidad, al considerar si la publicación de determinadas informaciones puede plantear riesgos graves para la seguridad pública, por dar a la gente la posibilidad de infligir ciertos daños. Parece probable que los riesgos de esta índole, que vale la pena aceptar en tiempo de paz a fin de hacer posible, por ejemplo, el debate de algunas cuestiones científicas, resultarían intolerables en tiempo de guerra.

Pero la clase de potestades de excepción que los gobiernos se consideran autorizados a invocar rebasan con frecuencia estos límites e incluyen, por ejemplo, la potestad de poner fin a un debate político cuando amenaza dividir el país o debilitar su capacidad de afrontar un peligro presente. El principio de Mill desautoriza manifiestamente las muy obvias razones de tales potestades, y la teoría que he presentado no admite excepciones de esta índole.

Me es difícil en el momento actual concebir un caso en el que pudiera estimar justa la invocación de tales potestades por parte de un gobierno. Estoy dispuesto a admitir que pueden darse tales casos; pero, aun así, no creo que sea posible considerarlas "excepciones" susceptibles de englobarse en el principio de Mill.

Recuérdese que este principio no se apoya en un derecho del ciudadano, sino que expresa más bien una limitación de la potestad que cabe atribuir a la administración pública. La referida potestad es la que ofrecerá una teoría política específica, cuyo punto de partida sea la cuestión: ¿cómo pueden los ciudadanos reconocer a la administración pública el derecho a darles órdenes sin dejar de considerarlos súbditos iguales, autónomos y racionales? Normalmente, se estima que tal teoría responderá que esto sólo es posible si ese derecho se limita de ciertos modos y se cumplen, además, otras condiciones que supuestamente aseguran al ciudadano el control de la Administración. He afirmado que el principio de Mill expresa solamente una de las limitaciones pertinentes. Si no me equivoco, la exigencia de la administración pública de gobernar en virtud de esta clase específica de potestad quedará, a mi entender, anulada por completo si pretende controlar a los ciudadanos por los métodos que con el principio de Mill se intenta excluir.

Esto no significa, sin embargo, que en un caso límite no pueda darse por válido que ciertas personas, que normalmente ejercitan la clase de autoridad que la teoría política democrática reputa legítima, tomen medidas que esa autoridad no justifica. Estos actos tendrían que justificarse por otras razones (por ejemplo, utilitaria), y el derecho de sus agentes a ser obedecidos no sería el de un gobierno legítimo en el sentido usual (democrático). No obstante, la mayoría

de los ciudadanos podrían tener, en determinadas circunstancias, buenas razones para obedecer.

Hay una gran diversidad de justificaciones del ejercicio de la potestad coercitiva. En una situación de extremo peligro para un grupo, los miembros de éste que se encuentren en condiciones de prevenir el desastre, ejercitando cierta clase de control sobre los demás, pueden justificadamente recurrir a la fuerza a fin de conseguirlo, y tendrán buenas razones para hacer que se acaten sus mandatos. Pero esta clase de potestad difiere, tanto por su justificación como por su alcance, de aquella otra que —si la teoría democrática es correcta— corresponde a un gobierno democrático legítimo. Lo que trato de indicar es que, si existen situaciones en las que esté justificada una suspensión general de las libertades públicas (y, repito, no me consta claramente su existencia), dichas situaciones constituyen el tránsito de una clase de autoridad a otra. Las personas implicadas podrán seguir llevando los mismos sombreros, pero ello no significa que gobiernen todavía por el mismo título.

Esto no debe inducir a pensar que yo esté concediendo a la administración pública licencia para borrar todo asomo de régimen constitucional cada vez que el "interés nacional" así lo exija. Haría falta una situación rayana en lo catastrófico para justificar un movimiento de la clase que he descrito; y, si la administración pública sabe lo que hace, le sería precisa tal situación para invitar a una transición de esta índole. Porque con ese movimiento se renuncia a muchas cosas; entre otras, a la noción de que la exigencia de acatar las órdenes de la Administración tiene su fundamento más allá de las ventajas respectivas de la obediencia y la desobediencia.

Cuando la situación es grave y el precio del desorden desmesurado, tales consideraciones utilitarias pueden dar a las órdenes de la Administración una fuerza vinculante efectiva; pero un gobierno estable basado en esas razones sería admisible sólo para una sociedad en crisis permanente o para un grupo de personas que, divididas en dos categorías irreconciliables, sólo pudieran verse mutuamente como servidores sumisos y rivales amenazantes, y no pudieran ser gobernadas de otro modo.

NOTAS SOBRE LOS AUTORES

H. L. A. HART es rector del Brasenose College de Oxford, y hasta 1968 fue catedrático de jurisprudencia en Oxford. Entre sus publicaciones figuran *Causation in the Law* (en colaboración con A. M. Honore, 1959), *El concepto de derecho* (1961, traducción de G. R. Carrió, 1963) y *The Morality of the Criminal Law* (1965).

RONALD DWORKIN, editor de este volumen, es catedrático de jurisprudencia en Oxford, y anteriormente fue catedrático de derecho en la Facultad de Derecho de Yale. Ha publicado muchos artículos en revistas jurídicas y filosóficas, y es autor de *Taking Rights Seriously* (1976).

LORD PATRICK DEVLIN, Lord juez de apelación desde 1960, y Lord de apelación ordinario hasta 1964, ha desempeñado honrosamente muchos cargos públicos. Entre sus escritos figuran *Trial by Jury* (1956) y *The Enforcement of Morals* (1965).

JOHN RAWLS es catedrático de filosofía en Harvard. Su obra *A Theory of Justice*, publicada en 1972, ha sido muy discutida. Recientemente ha sido traducida al castellano por el FCE.

JUDITH JARVIS THOMSON es profesora de filosofía en el Instituto Tecnológico de Massachusetts. Es coautora, con G. Dworkin, de *Ethics* (1969).

JOHN FINNIS es miembro del Gobierno del University College de Oxford y profesor de derecho de la Commonwealth y de los Estados Unidos. Ha publicado numerosos artículos sobre filosofía moral y filosofía del derecho.

THOMAS SCANLON es catedrático de filosofía en Princeton.

BIBLIOGRAFÍA

ENSAYO I. *POSITIVISMO Y MORALIDAD DEL DERECHO*

D'ENTRÈVES, A. P., *Natural Law*, 2ª ed., Londres, Hutchinson, 1970.

DWORKIN, R., "Philosophy, Morality and Law —Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, 113 (1965), 668-690.

——, "The Elusive Morality of Law"; COHEN, M., "Law, Morality and Purpose"; FULLER, L. L., "A Reply to Professors Cohen and Dworkin", *Villanova Law Review*, 10 (1965), 631-639; 640-654; 655-666.

FULLER, L. L., "Positivism and Fidelity to Law —A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71 (1958), 630-672.

——, *The Morality of Law*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1964; edición revisada, 1969.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, caps. VIII y IX.

——, "Review of Fuller's *The Morality of Law*", *Harvard Law Review*, 78 (1965), 1281-1296.

LYONS, D., "The Internal Morality of Law", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 71 (1970-1971), 105-119.

MULLOCK, P., "The Inner Morality of Law", *Ethics*, 84 (1974), 327-331.

NICHOLSON, P. P., "The Internal Morality of Law: Fuller and his Critics", *Ethics*, 84 (1974), 307-326.

RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975, 162-170.

ROSS, A., "Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4 (1961), 46-92.

SUMMERS, R. S., "Professor Fuller on Morality and Law", *The Journal of Legal Education* 18 (1966), 1-27; repr. en R. S., Summers, (ed.), *More Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell (1971), 101-130.

ENSAYO II. *NORMAS LEGALES Y UNIDAD DE LOS SISTEMAS LEGALES*

BELL, R. S., "Understanding the Model of Rules: Towards a Re-

conciliation of Dworkin and Positivism", *Yale Law Journal*, 81 (1972), 912-948.

CARRIO, G. E. (trad.), O'Connel, M. I. *Legal Principles and Legal Positivism*, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1971.

CHRISTIE, G. C., "The Model of Principles", *Duke Law Journal* (1968), 649-669.

DWORKIN, R., "Judicial Discretion", *The Journal of Philosophy*, 60 (1963), 624-638.

——, "Social Rules and Legal Theory", *Yale Law Journal*, 81 (1972), 885-890.

——, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, 88 (1975) 1057-1109.

HUGHES, G. H., "Rules, Policy and Decision Making", *Yale Law Journal*, 77 (1968), 411-439.

KEARNS, T. R., "Rules, Principles and the Law", *American Journal of Jurisprudence*, 18 (1973), 114-135.

MACCALLUM, G. C., "Dworkin on Judicial Discretion" *The Journal of Philosophy*, 60 (1963), 638-641.

RAZ, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970, cap. 8.

——"The Identity of Legal Systems", *California Law Review*, 59 (1971), 795-815.

——, "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal*, 81 (1972), 795-815.

——, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975, cap. 4.

SARTORIUS, R., Social Policy and Judicial Legislation, *American Philosophical Quarterly*, 8 (1971), 151-160.

TAPPER, C., "A Note on Principles", *The Modern Law Review*, 34 (1971), 628-634.

ENSAYOS III Y IV. *COMPULSIÓN LEGAL DE LA MORALIDAD*

BROWN, D. G., "Mill on Liberty and Morality", *The Phliosophical Review*, 81 (1972), 133-158.

CONWAY, D. A., "Law, Liberty and Indecency", *Philosophy*, 49 (1974), 135-147.

DEVLIN, P., *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965.

DWORKIN, R., "Lord Devlin and the Enforcement of Morality", *Yale Law Journal*, 75 (1966), 986-1005; repr. en R. Wasserstrom (ed.), *Morality and the Law*, Belmont, Calif., Wadsworth, 1971, 55-72.

HART, H. L. A., "Ther Use and Abuse of the Criminal Law", *The Oxford Lawyer*, 4 (1961), 7-12; repr. en *The Lawyer*, 8 (1965), 47-51.
——, *Law, Liberty and Morality*, Londres, Oxford University Press, 1963.
——, *The Morality of the Criminal Law*, Londres, Oxford University Press, 1965, Lecture II.
——, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *University of Chicago Law Review*, 35 (1967), 1-13.
HUGHES, G., "Morals and the Criminal Law", *Yale Law Journal*, 71 (1962), 662-683; repr. con revisiones en R. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, 183-207.
MILL, J. S., *On Liberty*, Londres, 1859; reproducida en M. Warnock, *Utilitarianism*, Londres, Collins, 1962, 126-250.
MITCHELL, B., *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, Londres, Oxford University Press, 1967.
ROSTOW, E., "The Enforcement of Morals", *Cambridge Law Journal* (1960), 174-198.
SARTORIUS, R., "The Enforcement of Morality", *Yale Law Journal*, 81 (1972), 891-910.
STEPHEN, J. F., *Liberty, Equality, Fraternity*, 2ª ed., Londres, 1874; reedición R. J. White, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.
WOLLHEIM, R., "Crime, Sin and Mr. Justice Devlin", *Encounter*, 13 (1959), 34-40; repr. en D. W. Hanson y R. B. Fowler (eds.), *Obligation and Dissent: An Introduction to Politics*, Boston, Little, Brown, 1971, 102-110.

ENSAYO V. *DESOBEDIENCIA CIVIL*

BEDAU, H. A., "On Civil Disobedience", *The Journal of Philosophy*, 58 (1961), 653-665.
——(ed.,) *Civil Disobedience: Theory and Practice*, Indianapolis y Nueva York, Pegasus, 1969.
BROWN, S. M., "Civil Disobedience", *The Journal of Philosophy* 58 (1961), 670-681.
COHEN, C., *Civil Disobedience: Conscience, Tactics and the Law*, Nueva York y Londres, Columbia University Press, 1971.
COHEN, M. M., "Liberalism and Disobedience", *Philosophy and Public Affairs*, 1 (1971-1972), 283-314.
DWORKIN, R., "Taking Rights Seriously", *The New York Review*

of Books (18 diciembre, 1970); repr. en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Segunda Serie, Oxford, Clarendon Press, 1973, 202-227.

FEINBERG, J., "Duty and Obligation in the Non-Ideal World", *The Journal of Philosophy*, 70 (1973), 263-275.

FLATHMAN, R. E., *Political Obligation*, Londres, Croom Held, 1973.

FRAZIER, C., "Between Obedience and Revolution", *Philosophy and Public Affairs*, 1 (1971-1972), 315-334.

HOOK, S. (ed.), *Law and Philosophy*, New York University Press, 1964, parte I.

HUGHES, G. C., "Civil Disobedience and the Political Question Doctrine"; DWORKIN, R., "A Theory of Civil Disobedience", CLARK, T. C., "Philosophy, Law and Civil Disobedience", en H. E. Kiefer, y M. K. Munitz (eds.), *Ethics and Social Justice*, Albany, State University of Nueva York Press, 1970, 207-224; 225-239; 240-251.

MACFARLANE, L. J., "Justifying Political Disobedience", *Ethics*, 79 (1968), 24-55.

——, *Political Disobedience*, Londres, Macmillan, 1971.

PENNOCK, J. R. y J. W. CHAPMAN (eds.), *Nomos XII; Political and Legal Obligation*, Nueva York, Atherton Press, 1970. *The Monist*, 54, núm. 4 (1970): *Legal and Civil Disobedience*.

PITKIN, H., "Obligation and Consent", *American Political Science Review*, 59 (1965), 990-999, y 60 (1966), 39-52; repr. en P. Laslett, W. B. Runciman y Q. Skinner (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Cuarta Serie, Oxford, Basil Blackwell, 1972, 45-85.

SINGER, P., *Democracy an Disobedience*, Oxford, Clarendon Press, 1973.

SMITH, M. B. E., "Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?", *Yale Law Journal*, 82 (1973), 950-976.

WASSERSTROM, R. A., "The Obligation to Obey the Law", *University of California at Los Angeles Law Review*, 10 (1963), 780-807; repr. en R. S. Summers, (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1970, 274-304.

ENSAYOS VI Y VII. *EL ABORTO*

BRANDT, R. B., "The Morality of Abortion", *The Monist*, 56 (1972), 503-526.

BRODY, B. A., "Abortion and the Law", *The Journal of Philosophy*, 68 (1971), 357-369.

BRODY, B., "Thomson on Abortion", *Philosophy and Public Affairs*, 1 (1971-1972), 335-340.
CALLAHAN, D., *Abortion: Law, Choice and Morality*, Nueva York, Collier-Macmillan, 1970.
DEVINE, P. E., "The Doctrine of Double Effect", *The American Journal of Jurisprudence*, 19 (1974), 44-60.
FOOT, P., "The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect", *The Oxford Review*, 5 (1967), 5-15.
HARE, R. M., "Abortion and the Golden Rule", *Philosophy and Public Affairs*, 4 (1974-1975), 201-202.
HART, H. L. A., "Abortion Law Reform: The English-Experience", *Melbourne University Law Review*, 8 (1971-1972), 388-411.
HUGHES, G. C., "Who is a victim?", *Dalhousie Law Journal*, 1 (1974), 425-440.
NOONAN, J. T., *The Morality of Abortion*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1970.
——, "Abortion and the Catholic Church: A Summary History", *Natural Law Forum*, 12 (1967), 85-131.
THOMSON, J. J., "Rights and Deaths", *Philosophy and Public Affairs*, 2 (1972-1973), 146-159.
TOOLEY, M., "Abortion and Infanticide", *Philosophy and Public Affairs*, 2 (1972-1973), 37-65.
WARREN, M. A., "On the Moral and Legal Status of Abortion", *The Monist*, 57 (1973), 43-61.
WERTHEIMER, R., "Understanding the Abortion Argument", *Philosophy and Public Affairs*, 1 (1971-1972), 67-95.
WILLIAMS, G., *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, Londres, Faber & Faber, 1958, cap. 6.

ENSAYO VIII. *LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

CHAFEE, Z., *Free Speech in the United States*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1942.
FEINBERG, J., "Limits to the Free Expression of Opinion", en J. Feinberg y H. Gross (eds.), *Philosophy of Law*, Encino and Belmont, Calif., Dickenson, 1975, 135-151.
MARSHALL, G., *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, cap. VIII.
MCCLOSKEY, H. J., "Liberty of Expression: its Grounds and Limits II", *Inquiry*, 13 (1970), 219-237.
MILL, J. S., *On Liberty*, cap. 2.

MONRO, D. H., "Liberty of Expression: its Grounds and Limits II", *Inquiry*, 13 (1970), 238-253.

RICHARDS, D. A. J., "Free Speech and Obscenity Law: Towards a Moral Theory of the First Amendment", *University of Pensylvania Law Review*, 123 (1974), 45-91.

STEPHEN, J. F., *Liberty, Equality, Fraternity*, cap. 2.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Albritton, R. G., 227 *n*
Anscombe, G. E. M., 300 *n*
Aristóteles, 313
Austin, J., 41, 44, 48, 69-72, 75, 80-83, 93, 94, 109-112, 115, 116, 131

Baier, K., 219 *n*
Bedau, H. A., 203 *n*, 209 *n*
Bennett, J., 303, 307
Bentham, J., 41, 67, 69 *n*, 71, 80, 93, 94
Bickel, A. M., 242 *n*
Blackstone, W., Sir, 82-83
Brandt, R., 287
Brierly, J. L., 224 *n*
Broad, C. D., 219 *n*
Brody, 313 *n*

Callahan, D., 244 *n*
Castañeda, H. N., 288 *n*
Cohen, M., 204 *n*

Daube, D., 290 *n*, 292 *n*
Devlin, Lord, 55-57, 63, 191-199
Dickinson, J., 148 *n*
Dreben, B., 210 *n*
Dummett, M. A. E., 52 *n*
Durkheim, E., 292
Dworkin, R. M., 51 *n*, 54 *n*, 61 *n*, 62 *n*, 237 *n*, 319 *n*
Dworkin, G., 341 *n*

Eldon, Lord, 83 *n*
Emerson, T., 322 *n*

Feldman, D. M., 244 *n*
Finnis, J. M., 62
Foot, P., 298, 299, 304, 307
Frank, J., 81
Franklin, J. H., 235 *n*
Fried, C., 206 *n*
Fuller, L. L., 67 *n*, 95 *n*

Gemelli, A., 304 *n*
Gray, J. C., 69
Grisez, G., 286 *n*, 295 *n*, 296 *n*, 300 *n*, 301-302, 315 *n*

Hägerström, A., 75-76
Hale, M., Sir, 175
Hare, R. M., 287-289
Hart, H. L. A., 48, 55, 57, 111-117, 131, 143, 150-156, 179 *n*, 298
Hobbes, T., 335
Hodgson, D. H., 289 *n*
Hohfeld, W. H., 276
Holmes, O. W., 47 *n*, 90, 317, 318, 327, 336
Honoré, A. M., 276 *n*

Kant, I., 335
Kelsen, H., 48, 74
King, M. Luther, 203 *n*

Loev, G., 206 *n*
Lyons, D., 219 *n*
Llewellyn, 91 *n*

Meiklejohn, A., 320
Mill, J. S., 55-57, 195, 196, 200, 320, 330-333, 336-344, 346-348
Montesquieu, C. de, 83

Noonan, J. T., 244 *n*, 249 *n*, 295 *n*, 296 *n*, 304 *n*

Pekham, J., 86
Pollock, F., Sir, 183
Potter, R. B., 225 *n*
Pound, R., 83 *n*, 147

Radbruch, G., 92-100
Ramsey, P., 225 *n*
Ratcliffe, J. M., 268 *n*
Rawls, J., 58, 60, 61, 288, 336 *n*
Raz, J., 45
Richards, D. A. J., 288

Salmond, J., Sir, 75
Scanlon, T., 63, 64, 66
Stein, W., 229 *n*
Stone, J., 81 *n*
Sumner, Lord, 175

Thomson, J. F., 243 *n*
Thomson, J. J., 61, 273-316
Thoreau, H. D., 209-210
Tocqueville, A. de, 200
Tomás de Aquino, santo, 296, 304

Vermeersch, P., 304 *n*

Walzer, M., 221*n*, 230 *n*
Wasserstrom, R., 341 *n*
Wertheimer, R., 274, 314
Wittgenstein, L., 313
Wolfenden, 160-164, 167, 172, 176-178, 187
Wolff, R. P., 336 *n*

Zalba, M., 297 *n*, 304 *n*
Zellner, H. M., 288 *n*
Zinn, H., 207 *n*

La filosofía del derecho, compilación de Ronald Dworkin, se terminó de imprimir y encuadernar en agosto de 2014 en Impresora y Encuadernadora Progreso, S. A. de C. V. (IEPSA), Calzada San Lorenzo, 244; 09830 México, D. F. La edición consta de 2500 ejemplares